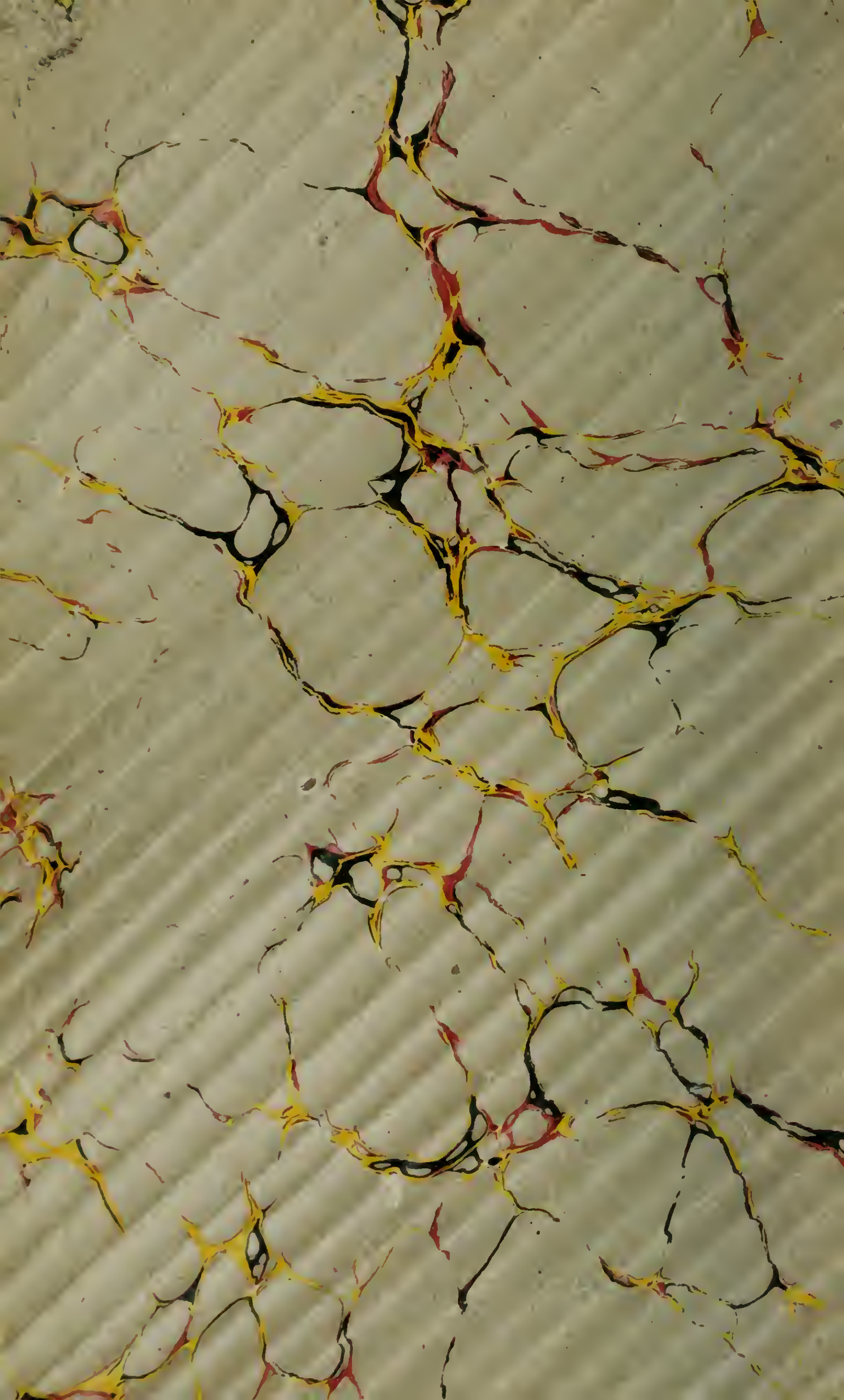
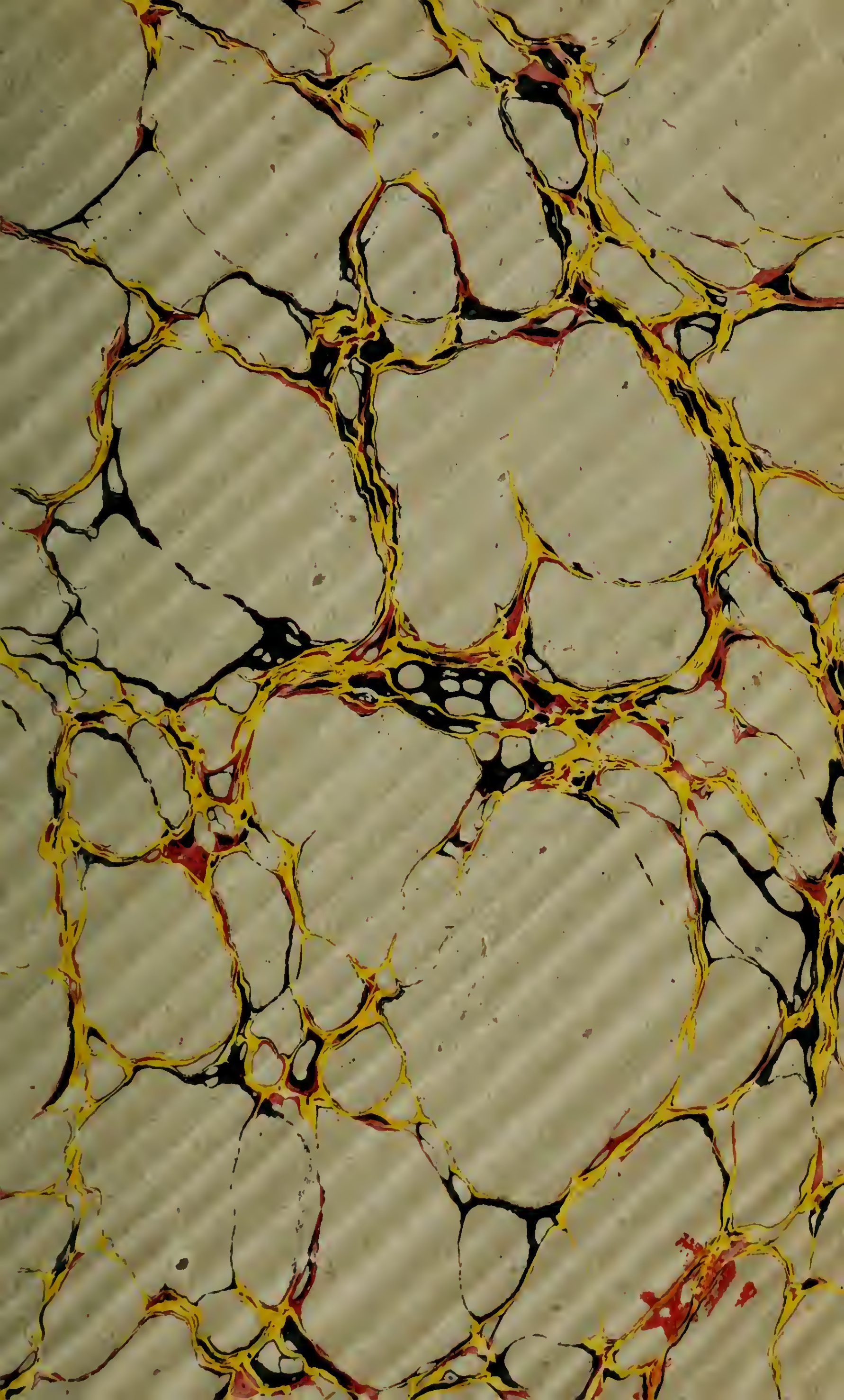
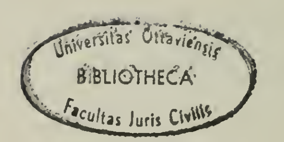








COURS

DE

CODE NAPOLÉON

XXIII

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris

TRAITÉ

DES

DONATIONS ENTRE-VIFS

ET

DES TESTAMENTS

PAR

C. DEMOLOMBE

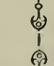
DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
ANCIEN BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR IMPÉRIALE DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR

TROISIÈME ÉDITION

TOME SIXIÈME

PARIS

AUGUSTE DURAND
LIBRAIRE
RUE CUJAS, 9 (ANC. RUE DES GRÈS)



L. HACHETTE ET Cie
LIBRAIRES
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 77

1868

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de MM. Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819 ; de Toullier, à l'édition de 1830 et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de M. Duranton, à l'édition de 1844; de Grenier, à l'édition annotée par M. Bayle-Mouillard.

III. Deux tables se trouvent la fin de chaque volume :

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées ;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

IV. Chacun des traités dont se compose le *Cours de Code Napoléon* est, en outre, suivi d'une table analytique et alphabétique.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE VII (SUITE).

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

B. — *De la forme des actes par lesquels le partage d'ascendant peut être fait.*

SOMMAIRE.

1. — Le partage d'ascendant ne peut être fait que par donation entre-vifs ou par testament. — Historique.
2. — Suite. — Observation.
3. — L'article 1076 renvoie, en ce qui concerne le partage d'ascendant, aux formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. — Explication.
4. — Les formes et conditions prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments, y sont nécessaires, et suffisantes.

36. — Suite. — Les partages d'ascendant ne sont pas soumis aux formalités de justice ou autres, auxquelles la loi soumet les partages ordinaires de succession, dans lesquels des incapables sont intéressés. — Explication.
37. — Le partage fait par donation entre-vifs peut être accepté, au nom des enfants mineurs, soit par le tuteur, avec la seule autorisation du conseil de famille, soit par tout ascendant, sans aucune autorisation, et lors même qu'il ne serait pas tuteur. — Conséquence.
38. — Suite. — L'ascendant non tuteur, qui accepte le partage, au nom de l'enfant mineur, a-t-il le pouvoir de l'obliger au payement d'une soulte, dont son lot aurait été chargé, ou d'une rente viagère, que l'ascendant, qui a fait le partage, aurait stipulée à son profit?
39. — L'ascendant peut faire successivement plusieurs partages entre ses enfants.
40. — L'ascendant pourrait-il faire un seul et même partage, par plusieurs actes différents, au moyen desquels il attribuerait séparément à chacun de ses enfants son lot?
41. — De ce qui précède, il résulte que les ascendants ont deux manières différentes de disposer, à titre gratuit, au profit de leurs enfants, et qu'ils peuvent faire soit des donations entre-vifs ou des legs ordinaires, soit un partage. — Explication.
42. — Ces deux manières de disposer peuvent être exercées dans le même acte.
43. — Mais le partage lui-même n'est pas une disposition, qui suffise pour constituer, au profit de l'un des enfants, un avantage par préciput.
44. — L'avantage indirect, qui résulte seulement de la manière dont le partage est opéré, et de l'inégalité des différents lots, peut-il être l'objet d'un disposition faite expressément par préciput?
45. — Suite.
46. — Suite.
47. — Suite.
48. — L'ascendant peut disposer, en tout ou en partie, de sa quotité disponible, au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants, dans un acte distinct de celui par lequel il fait, entre eux, avant, après ou simultanément, le partage de ses biens. — Conséquence.
49. — Il importe de discerner exactement si les dispositions qui ont été faites par un ascendant au profit de ses enfants, constituent des donations ou des legs ordinaires, ou si elles constituent un partage.
50. — Suite.
51. — Suite.
52. — Suite.
53. — Pour que la donation faite par un ascendant à ses enfants, constitue un partage, dans les termes des articles 1075 et suivants, faut-il qu'elle renferme la division matérielle des biens donnés?
54. — Suite.
55. — Du cas où un ascendant se démet de ses biens en faveur de son unique enfant.
56. — L'ascendant pourrait-il, en abandonnant ses biens par indivis à ses enfants, exiger que l'indivision, que cette transmission va établir

1. — L'article 1076 est ainsi conçu :

« Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs « ou testamentaires, avec les formalités, conditions et « règles prescrites pour les donations entre-vifs et testa- « ments.

« Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront « avoir pour objet que les biens présents. »

C'est-à-dire que le partage d'ascendant ne peut être fait que suivant l'une ou l'autre des deux formes de disposer, que notre Code reconnaît ; à savoir : seulement par donations entre-vifs ou par testament.

Peut-être pourrait-on remarquer que la forme entre-vifs représente, dans notre droit nouveau, l'ancienne démission de biens, et que la forme testamentaire correspond à l'ancien partage entre enfants.

Cette observation, qui ne manque pas d'èxactitude, n'est pas, toutefois, de grande conséquence ; car, il s'en faut qu'une analogie complète existe entre les institu-

tions anciennes et notre institution actuelle; et c'est même une complète différence, que nous allons d'abord y reconnaître, sous le rapport de la forme.

On sait, en effet, que la démission de biens et le partage *inter liberos*, n'étaient pas, autrefois, soumis aux formes solennelles de la donation entre-vifs ni du testament ; cette exemption des solennités ordinaires en était même surtout le caractère distinctif. (*Voy.* le tome V, n° 674);

Tandis qu'il résulte, au contraire, de notre article, que le partage d'ascendant n'est aujourd'hui, quant à la forme, qu'une donation entre-vifs ou un testament.

2. — Nous avons entendu regretter cette innovation, et que les auteurs de notre Code n'aient pas, à l'exemple de l'ancien droit, affranchi cette espèce de disposition des solennités rigoureuses de la donation entre-vifs et du testament. N'est-elle pas, en effet, distributive plutôt encore qu'attributive? et, s'il est vrai que ces solennités ont principalement pour but de protéger le donateur ou le testateur contre les manœuvres, qui entreprendraient d'égarer sa volonté, pourquoi les imposer à un acte qui n'est pas de nature à exciter les mêmes convoitises, puisque l'ascendant ne fait alors, entre ses enfants, que le simple règlement de sa succession ?

Mais cette critique ne nous paraît pas fondée; et notre avis est, au contraire, que le droit nouveau a, sur ce point, un double avantage sur l'ancien droit.

En théorie d'abord, est-ce que le partage d'ascendant ne constitue pas une disposition à titre gratuit?

L'affirmative est évidente, lorsqu'il est fait entre-vifs; car c'est bien alors par une vraie donation entre-vifs que l'ascendant se dessaisit, actuellement et irrévocablement, de la propriété de ses biens, soit à l'égard de ses enfants, soit à l'égard des tiers; il faut même ajouter que ce n'est en effet que par une donation entre-vifs, que cette transmission à titre gratuit peut s'opérer juridi-

quement entre l'ascendant et ses enfants (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 105).

Il est vrai que cette réponse ne peut pas s'appliquer au cas où le partage est fait par testament; car nous allons voir que le partage testamentaire ne modifie pas le caractère de la vocation des enfants, qui sont toujours à considérer comme des héritiers, et non pas comme des légataires (*infra*, n° 97) ; de sorte que la transmission s'opère alors, en vertu de la loi, et non pas en vertu du testament de l'ascendant, dont l'effet est seulement distributif et réglementaire. Mais nous n'en maintenons pas moins que la forme testamentaire était, même dans ce cas, commandée par les principes. Ce n'est, en effet, que dans cette forme qu'une modification, quelle qu'elle soit, peut être apportée aux droits des héritiers légitimes (art. 895 ; comp. le tome V. n° 21), or, cette distribution, par laquelle l'ascendant attribue à chacun des enfants les biens qui formeront son lot, est évidemment, du moins dans cette mesure, une modification de leur vocation héréditaire légitime, puisqu'elle leur enlève le droit qu'ils auraient eu, sans cela, de procéder eux-mêmes soit à l'amiable, soit en justice, au partage de la succession ; donc, juridiquement, elle ne doit pouvoir être faite que par un acte revêtu des formes du testament.

En fait d'ailleurs, ce serait une grande illusion de croire que l'ascendant, qui fait le partage de ses biens entre ses enfants, soit à l'abri des manœuvres contre lesquelles il a été nécessaire de garantir celui qui dispose à titre gratuit ! Ce mode de disposition est, au contraire, lui-même très-susceptible d'exciter, autour de l'ascendant, d'ardentes rivalités ; d'autant plus qu'il peut être un moyen d'avantager indirectement, et de la façon même la plus grave, l'un des enfants au préjudice des autres. (*Voy.* le tome V, n° 667.)

C'est donc très-justement, au double point de vue de l'exactitude doctrinale et de l'utilité pratique, que le lé-

gislateur nouveau a exigé les formalités de la donation entre-vifs et du testament.

Il en pourra résulter, il est vrai, quelques conséquences regrettables, et notamment que ce partage ne pourra pas être fait dans certains cas où l'on aurait souhaité qu'il fût possible (*infra*, n° 26).

Mais quelle est la règle générale, même la meilleure, qui n'offre pas quelques inconvénients particuliers?

5. — L'article 1076 dispose que ces partages devront être faits avec les *formalités, conditions et règles* prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Le législateur a-t-il entendu attacher précisément, à chacun de ces mots, une signification spéciale?

Il nous paraît permis d'en douter.

Si pourtant on voulait en entreprendre l'analyse, peut-être trouverait-on que le mot *formalités*, se rapporte, plus particulièrement, aux solennités instrumentaires qui doivent être observées;

Tandis que le mot: *conditions*, serait surtout relatif à la capacité de disposer et de recevoir, que la loi exige;

Et, quant au mot: *règles*, il paraîtrait devoir s'entendre principalement des effets que le partage d'ascendant peut produire, eu égard à la forme dans laquelle il a été fait.

Mais nous sommes plus porté à croire que le législateur n'a pas eu le dessein d'apporter une précision aussi rigoureuse, dans le renvoi qu'il fait, par l'article 1076, au titre des donations entre-vifs et des testaments; et notre impression serait même que ces mots-là, qui semblent bien avoir un certain air de redondance, seraient plutôt l'indice d'un renvoi général un peu vague, qui manquerait, au contraire, de précision et de netteté.

Il faut remarquer, en effet, qu'aucun renvoi semblable n'est fait, par le législateur, aux règles qui gouvernent les successions légitimes et les partages!

Or, qu'arriverait-il, si on s'attachait, rigoureusement, à la lettre de l'article 1076.

C'est que le partage d'ascendant ne serait plus, à vra dire, qu'une donation entre-vifs ou un testament ordinaire, soumis, presque de tous points, aux règles de la donation entre-vifs et du testament ; c'est-à-dire qu'il cesserait d'exister avec ce caractère d'institution spéciale, qui en a toujours fait une manière particulière de disposer.

Telle n'a pas été sans doute l'intention des rédacteurs de notre Code.

Aussi, croyons-nous que ce renvoi s'applique surtout à la forme dans laquelle le partage d'ascendant pourra être fait.

« *Ces partages pourront être faits*, dit l'article 1076, « *par actes entre-vifs ou testamentaires....* »

Voilà, suivant nous, le but principal de ce texte ; et, lorsqu'il ajoute : avec les *formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments*, c'est encore la forme, dans laquelle ces partages pourront être faits, qu'il a surtout pour but de régler.

4. — Et de là résultent, relativement à la manière dont ces partages peuvent être faits, deux conséquences corrélatives, à savoir :

D'une part, que les formalités prescrites pour la donation entre-vifs ou le testament, y sont nécessaires ;

Mais aussi, d'autre part, qu'elles y sont suffisantes, et qu'il n'y a lieu d'en emprunter aucune autre au titre *des Successions* ou ailleurs (comp. *infra*, n° 36 ; Cass., 4 mai 1846, Jean-Jean, Dev. 1846, I, 465 ; Cass., 4 juin 1849, Flandrin, Dev. 1849, I, 487; Grenoble, 11 juin 1864, Pallavicino, Dev. 1864, II, 249).

5. — Nous ne parlons ici, bien entendu, que des formes, c'est-à-dire des conditions de validité extrinsèque de l'acte, par lequel le partage d'ascendant peut être fait.

Quant aux effets qui en dérivent, il est clair qu'ils ne

sont pas exclusivement ceux de la donation entre-vifs ou du testament; et tout au contraire, cette manière de disposer emprunte plusieurs de ses effets, et des plus considérables, aux successions légitimes et au droit commun des partages (comp. *infra*, n°s 91 et suiv.).

6. — Il importe d'ailleurs de distinguer toujours le partage qui est fait par donation entre-vifs, d'avec le partage qui est fait par testament.

La même observation, que nous avons déjà présentée, en ce qui concerne les substitutions permises, est également vraie en ce qui concerne les partages d'ascendant;

C'est-à-dire qu'ils revêtent nécessairement le caractère et *qu'ils suivent*, comme disait Pothier, *la nature* de celui des deux modes de disposition, au moyen duquel ils sont faits, et qu'ils se trouvent, en conséquence, soumis à des règles très-différentes, suivant qu'ils sont faits par donation entre-vifs ou par testament (comp. le t. V, n° 441).

7. — Cette distinction fondamentale, qui gouverne notre sujet tout entier, se révèle, dès à présent, en ce qui concerne les formalités auxquelles le partage d'ascendant est soumis, et qui sont, en effet, suivant les cas, tantôt celles de la donation entre-vifs, tantôt celles du testament.

C'est ainsi que, dans le cas où le partage est fait par acte entre-vifs, l'acte doit être passé devant notaire, et en minute (art. 931).

De sorte qu'un partage d'ascendant, fait verbalement ou par acte sous seing privé, n'aurait aucune existence, aux yeux de la loi (art. 1339; comp. le t. III, de ce Traité, n° 53 *bis;* Cass., 5 janv. 1846, Redoud, Dev. 1846, I, 122; Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, Dev. 1854, II, 536; Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant*, n° 13; Grenier, t. III, n° 395; Duranton, t. IX, n°s 622-623; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 220; *voy.* toutefois, Cass., 1er mars 1831, Laurent, D., 1831, I, 80; et *infra*, n° 61).

8. — Il s'ensuit encore que, pour que le partage puisse

être fait entre-vifs, il est nécessaire que tous les enfants y consentent.

Car, la donation entre-vifs doit être acceptée; et il y faut même une acceptation expresse (art. 894, 932).

On ne saurait objecter la règle, qui prohibe les pactes sur les successions non ouvertes (art. 791).

La réponse est qu'il s'agit d'un acte dont l'effet est actuel et irrévocable.

Et, à supposer même que ce fût là, sous quelques rapports, un pacte sur une succession future; c'est la loi elle-même qui l'autorise par exception, comme elle l'a fait dans d'autres circonstances (art. 1076, 761, 918).

9. — L'acceptation des enfants peut avoir lieu d'ailleurs :

Soit dans l'acte même de donation;

Soit dans un acte postérieur et authentique, dont la notification doit être faite à l'ascendant (art. 932; comp. *infra*, n° 32).

10. — Mais, dans ce dernier cas, une question peut s'élever, à savoir :

Si la donation entre-vifs, portant partage, n'est parfaite qu'autant et qu'après que tous les enfants ont accepté?

Ou si celui ou ceux des enfants qui ont accepté leur lot, peuvent prétendre qu'il leur est acquis, alors même que les autres enfants n'ont pas accepté?

Pour soutenir que l'enfant, qui a accepté, peut réclamer son lot, on pourrait dire que chacun d'eux est donataire de la part qui lui a été faite; et qu'il y a, en effet, autant de donations distinctes qu'il y a d'enfants (comp. Cass., 21 nov. 1833, Roux, D., 1834, I, 27; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 395; note *a*).

Nous ne pensons pas toutefois qu'il en soit ainsi :

La donation faite par l'ascendant ne peut avoir d'autre effet que celui qu'il a été dans la commune intention des parties de lui attribuer;

Or, ce que l'ascendant a voulu faire, c'est une donation collective, à titre de partage, c'est-à-dire une seule donation, indivisible dans son unité; il n'a pas voulu faire, et il n'a pas fait plusieurs donations individuelles et isolées, auxquelles pourraient suffire des acceptations isolées et individuelles (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 157);

Donc, cette donation, bien qu'acceptée par un ou plusieurs des enfants, n'est point encore parfaite même à leur égard, tant que les autres n'ont pas accepté.

L'arrêt précité de la Cour de Cassation semble, il est vrai, consacrer la doctrine contraire; mais il est permis de croire que les circonstances de l'espèce dans laquelle il a été rendu y ont eu beaucoup d'influence; l'ascendant, qui n'avait que deux enfants entre lesquels il avait fait entre-vifs le partage de ses biens, paraissait n'avoir pas voulu subordonner l'effet de l'acceptation de l'un à l'acceptation de l'autre.

Quoi qu'il en soit, et en écartant ces circonstances particulières, le principe nous paraît être qu'il n'y a là qu'une donation unique et indivisible.

D'où il résulte :

1° Que l'ascendant peut, jusque-là, révoquer son offre;

2° Que son décès l'anéantit même de plein droit (art. 932);

3° Que le refus de l'un des enfants empêche la donation de produire son effet, même à l'égard de ceux qui ont accepté (comp. Riom, 11 août 1821, Bouyes; Bordeaux, 15 févr. 1842, Chevalier; Cass., 27 mars 1839, Martel, D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 1521-1523; Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, D., 1854, II, 216; ajout. Cass., 11 avril 1838, *l'Administ. de l'Enreg.*, Dev., 1838, I, 432).

11. — Telle est aussi la doctrine de M. Genty (p. 118 et 183).

Mais le savant auteur ajoute qu'il en serait autrement :

1° Si celui ou ceux des enfants, qui n'ont pas accepté, venaient à mourir avant l'ascendant;

2° Si l'ascendant lui-même, venant à mourir sans s'être désisté du partage, ceux des enfants, qui ne l'ont pas accepté, renonçaient à sa succession ou en étaient exclus comme indignes.

L'acte, dit-il, accquerrait, par là, sa perfection, puisqu'il n'aurait plus besoin, pour sa validité, que de l'intervention de ceux qui vivent, et que cette intervention existe; d'où il conclut que la donation portant partage serait alors valable entre ceux des enfants qui auraient accepté; et que les biens, qui avaient été attribués aux autres, devraient être partagés, conformément à la loi, d'après l'article 1077, comme s'ils n'avaient pas été compris dans le partage (p. 119).

Cette distinction semblerait, en effet, assez plausible.

Mais est-elle bien juridique?

Nous ne le croyons pas; et notre avis est, au contraire, que la donation portant partage ne peut, en aucun cas, être considérée comme valable, lorsqu'elle n'a pas été acceptée par tous les enfants.

La doctrine que nous venons d'établir, d'accord avec M. Genty (*supra*, n° 10), repose sur cette idée que la donation, portant partage, n'est point encore parfaite, et qu'elle demeure toujours à l'état de projet, tant qu'elle n'a pas été acceptée par tous les enfants auxquelles l'ascendant avait voulu la faire;

Or, s'il en est ainsi, il n'y a pas à considérer la cause par suite de laquelle l'un ou plusieurs des enfants n'ont pas accepté; refus, prédécès ou indignité, qu'importe! n'est-il pas, dans tous les cas, également vrai de dire que la donation n'a pas pu se former?

Nous ne concédons pas que ce soit là *un cas analogue à celui où un descendant, omis dans le partage, ne recueille pas, en definitive, la succession* (Genty, *loc. supra cit.*).

Le descendant n'a pas été omis dans la donation. Tout

au contraire, sa part lui a été attribuée; et les combinaisons du partage ont été faites en conséquence, par l'ascendant, qui les aurait sans doute modifiées, s'il avait prévu que l'un ou plusieurs de ses enfants ne les accepteraient pas.

Mais, dira-t-on, lorsque le partage a eu lieu par testament, le prédécès ou le refus de l'un ou de plusieurs des enfants ne le rend pas caduc à l'égard des enfants qui survivent et qui acceptent!

Oui, lorsque le partage a été fait par testament; car, dans ce cas, il n'a pas besoin d'être accepté; et la volonté du père fait la loi des enfants!

Mais, précisément, lorsque le partage est fait entre-vifs, il faut qu'il soit accepté.

Et voilà, en effet, suivant nous, la raison décisive de cette différence.

12. — Que le partage d'ascendant, fait entre-vifs, soit soumis à la formalité de la transcription, lorsqu'il renferme des biens susceptibles d'hypothèque, c'est la conséquence toute simple de l'article 1076 (comp. art. 939 et suiv.).

Et on ne peut d'ailleurs qu'y applaudir; car, ces partages étant souvent faits avec réserve d'usufruit, il est particulièrement essentiel que les tiers en soient informés (comp. le tome III de ce *Traité* n°s 230 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant*, n° 14; Grenier, t. III, n°s 395 et 403; Duranton, t. IX, n°s 624-625; Troplong, t. IV, n° 2308; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 220; *voy.* toutefois, aussi, la loi du 16 juin 1824, art. 3).

13. — De même, le partage n'est valable, quant aux effets mobiliers qui y sont compris, qu'autant qu'il en a été dressé un état estimatif, conformément à l'article 948.

14. — Mais le partage entre-vifs des effets mobiliers pourrait-il être fait, sans acte, de la main à la main?

Assurément!

Le partage d'ascendant ne peut être fait, il est vrai, entre-vifs que suivant les formes d'après lesquelles la donation entre-vifs peut être faite; mais aussi réciproquement, peut-il être fait suivant les formes, quelles qu'elles soient, d'après lesquelles la donation entre-vifs peut être faite;

Or, nous avons établi que la donation manuelle des effets mobiliers est valable (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 57);

Donc, le partage d'ascendant est valable, quant aux effets mobiliers, sous la forme d'une donation manuelle (comp., notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 519, 521 et 611; Genty, p. 118).

15. — Et, par conséquent, rien ne s'oppose non plus à ce que le partage ait lieu, entre-vifs, sous la forme simulée d'un contrat à titre onéreux entre l'ascendant et ses enfants.

Car, cette forme étant admise pour la donation entre-vifs ordinaire, doit être admise de même pour le partage d'ascendant (comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 99 et suiv.; Cass., 20 juin 1837, Moreau, Dev., 1837, I, 746; Cass., 3 juin 1863, Martal, Dev., 1864, I, 269; *voy.* toutefois, un article de M. Théodore Derome, dans la *Revue crit. de législat.*, 1865, t. XXVII, p. 484 et suiv.).

16. — Mais aussi, en sens inverse, toutes les formes de la donation entre-vifs doivent être observées dans le partage d'ascendant; et non-seulement les formes extrinsèques, mais encore les formes intrinsèques, dont le but est de sanctionner la maxime : *Donner et retenir ne vaut.*

Voilà pourquoi l'article 1076 dispose, conformément à l'article 943, que les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents.

Ce renvoi d'ailleurs n'est évidemment qu'énonciatif; et il n'est pas douteux qu'il faut appliquer aussi les autres conséquences, que le Code a déduites de cette

maxime, dans les articles 944, 945 et 946 (comp. Demante, t. IV, nº 243; Genty, p. 168).

17. — Si l'ascendant veut que son partage n'ait d'effet qu'après sa mort, il ne peut le faire que dans la forme testamentaire (art. 1076).

Mais il est libre d'employer indistinctement l'une des trois formes de testament, que notre Code reconnaît : olographe, public ou mystique (art. 969);

A la condition, bien entendu, d'observer les solennités particulières de celui des testaments, qu'il emploie.

Est-ce la peine de dire que le consentement des enfants n'est pas, dans ce cas, nécessaire?

Le testament est l'œuvre de la volonté seule du testateur; et la loi, qui accorde à l'ascendant le pouvoir de faire, en cette forme, le partage de ses biens entre ses enfants, lui accorde virtuellement, par cela même, le pouvoir de le faire seul, et de sa propre autorité.

Il peut les consulter sans doute, et conférer, avec eux, des bases et des diverses combinaisons du partage qu'il se propose de faire; mais ce partage, en définitive, ne peut émaner que de lui (art. 895; comp., le tome IV, nºs 224 et suiv.).

18. — C'est une conséquence notable de l'article 1076, que les père et mère, ni les autres ascendants, ne peuvent plus aujourd'hui faire conjointement, dans le même acte testamentaire, le partage de leurs biens entre leurs enfants.

Nous avons vu que l'Ordonnance de 1735, dans son article 77, avait excepté, au contraire, *les actes de partage entre enfants et descendants*, de la règle, par laquelle elle abrogeait l'usage des testaments faits conjointement, soit par mari et femme, soit par d'autres personnes (comp. le tome IV précité, nº 13).

Mais cette exception n'a pas été reproduite par l'article 968 de notre Code, dont les termes sont généraux; et le renvoi, général aussi, que fait l'article 1076 aux formes,

conditions et règles des testaments, ne permet pas de douter que l'article 968 est applicable aux testaments qui renferment des partages d'ascendant, comme à tous les autres.

Telle est, en effet, la doctrine unanimement admise, sauf le dissentiment isolé de Malleville (sur l'art. 1076).

Est-il vrai, d'ailleurs, que cette innovation de notre Code soit regrettable?

D'excellents esprits l'ont pensé (comp. Toullier, t. III, n° 815; Demante, t. IV, n° 244).

Et on ne saurait nier, en effet, les précieux avantages que pouvait offrir *ce partage conjonctif*, par lequel les père et mère, confondant leurs biens dans une seule masse, en faisaient un partage unique et complet entre leurs enfants, eu égard aux besoins, aux aptitudes et aux convenances de chacun d'eux.

Nous n'en croyons pas moins pourtant que le droit nouveau est encore ici préférable à l'ancien droit; car les mêmes motifs, qui ont fait établir la règle prohibitive des testaments conjonctifs, nous paraissent s'opposer, avec une égale force, à l'exception que l'on réclame en faveur des partages d'ascendants

De deux choses l'une, en effet :

Ou chacun des père et mère aurait conservé le droit de révoquer son testament; et alors, il aurait dépendu de l'un de renverser toute l'économie du partage et d'anéantir, par son seul fait, les dispositions de son conjoint;

Ou l'un d'eux n'aurait pas pu révoquer sans le consentement de l'autre, comme il était advenu dans notre ancien droit; et alors, le testament se trouvait profondément altéré dans son caractère essentiel!

Ajoutons que les successions des deux époux ne s'ouvrant pas en même temps, si ce n'est dans des circonstances tout à fait extraordinaires (art. 720), le testament du prédécédé ne pourrait pas s'exécuter, tant que le survivant existerait encore, puisque le partage conjonctif au-

rait pour objet les biens de l'un et de l'autre confondus dans une seule masse.

Mais l'époux survivant, lui ! est-ce qu'il ne pourrait pas toujours disposer de ses biens ? évidemment oui !

Et, s'il en avait disposé, que deviendrait le partage ?

Autant d'objections, véritablement insolubles, contre le partage conjonctif d'ascendants ! (Comp. Grenier, t. III, n° 402; Delvincourt, t. II, p. 48, note 7; Duranton, t. IX, n° 622; Vazeille, art. 1076, n° 2; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 220; Genty, p. 152-154.)

19. — Quant aux conditions de capacité requises, soit dans la personne de l'ascendant, soit dans la personne des enfants, il semble résulter de l'article 1076 qu'elles ne sont autres que celles qui sont requises soit pour disposer, soit pour recevoir à titre gratuit.

Cette proposition nous paraît, en effet, généralement vraie.

Nous devons dire, toutefois, qu'elle soulève, dans quelques-unes de ses applications, des difficultés infiniment graves ; et que c'est là même l'un des points sur lesquels apparaît, avec le plus d'intensité, le conflit que nous avons annoncé, entre les règles des dispositions à titre gratuit et les règles des successions légitimes.

20. — .*a* Ce n'est pas, d'ailleurs, en ce qui concerne l'ascendant, qui fait le partage, que ces difficultés peuvent naître.

Il ne faut pas, quant à lui, hésiter à dire qu'il doit être capable de disposer à titre gratuit :

Soit par donation entre-vifs, si le partage est fait entre-vifs ;

Soit par testament, si le partage est testamentaire.

C'est ainsi que la femme mariée ne peut faire un partage entre-vifs entre ses enfants, qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice (art. 217, 219) ;

Tandis qu'elle n'a besoin d'aucune autorisation pour

faire un partage par testament (art. 226, 905; comp. le t. I de ce *Traité*, nos 440 et suiv.).

21. — Il sera sans doute très-rare qu'un mineur veuille faire un partage entre ses enfants.

Si on suppose pourtant cette hypothèse, il y aura lieu à une distinction du même genre que celle qui concerne la femme mariée.

C'est-à-dire que le mineur ne pourra aucunement faire le partage par donation entre-vifs (art. 903);

Mais qu'il pourra le faire par testament, lorsqu'il sera parvenu à l'âge de seize ans (art. 904; comp. le tome I, précité, n° 418).

22. — L'article 904 ajoute que, dans ce cas, le mineur ne pourra disposer que jusqu'à concurrence de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

Faut-il appliquer cette restriction au partage testamentaire qu'il ferait de ses biens entre ses enfants?

Il semblerait logique de répondre affirmativement, et de ne point séparer la capacité testamentaire, que ce texte accorde au mineur, de la condition qu'il y a mise.

Mais, pourtant, que fait l'article 904 autre chose que de rendre, à certains égards, indisponible, cette autre moitié dont il ne permet pas au mineur de disposer? (Comp. le tome I, précité, n° 428.)

Or, la portion indisponible peut être, aussi bien que la portion disponible, comprise dans le partage d'ascendant.

Et nous croyons, en effet, que, dès que l'on reconnaît au mineur, âgé de plus de seize ans, la capacité de partager ses biens entre ses enfants, il convient de lui reconnaître le droit de les partager tous, en vertu de l'article 1075; d'autant plus que les motifs qui ont déterminé le législateur à établir cette indisponibilité partielle, dans l'article 904, ne s'appliquent pas au partage par lequel le disposant a pour but d'établir l'égalité entre ses enfants.

Ce qui est vrai toutefois, c'est que, si le mineur voulait faire, dans ce partage testamentaire, une disposition par préciput, il faudrait, pour l'application du second alinéa de l'article 1079, calculer la quotité disponible, d'après l'article 904, et non point d'après l'article 913 (comp. Genty, p. 120; D., *Rec. alph.*, *h. v*, n° 4515; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1814).

23. — Quant à l'interdit, si l'on s'en tient à la doctrine généralement admise, qui lui refuse, d'une manière absolue, la capacité de disposer à titre gratuit, la conséquence en serait qu'il ne pourrait faire aucun partage de ses biens entre ses enfants, ni par donation entre-vifs, ni par testament (comp. Genty, p. 120);

Conséquence très-regrettable, suivant nous, et qu'il faut ajouter comme un argument de plus à ceux par lesquels nous avons entrepris de combattre cette doctrine (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 371).

Aussi, nous sentons-nous plus ferme encore, sur ce nouveau terrain, pour soutenir, au contraire, que l'interdit peut faire un testament pendant ses intervalles lucides; car nous pouvons ici déduire de notre théorie l'une de ses applications les plus satisfaisantes, à savoir : celle qui autorise l'interdit à faire, durant un intervalle lucide, le partage testamentaire de ses biens entre ses enfants.

Cette application est même, à notre avis, si satisfaisante, que nous sommes vivement tenté de faire le dernier pas dans la voie où nous sommes entré, et de compléter notre théorie, en ajoutant que l'interdit est capable de faire, durant ses intervalles lucides, non-seulement un testament, mais même une donation entre-vifs; d'où il résulterait qu'il serait capable aussi de faire, par donation entre-vifs, le partage de ses biens entre ses enfants.

Nulle occasion ne saurait être meilleure pour arriver au complet développement de la théorie que nous avons proposée; nous y arrivons donc, convié d'ailleurs et en-

couragé par l'exemple de notre savant ami, M. Valette, qui, après l'avoir adoptée, a su la rendre plus solide, en donnant à l'assise fondamentale sur laquelle nous l'avons posée, toute la largeur qu'elle comporte.

« Nous croyons, dit-il, devoir étendre cette théorie aux « donations entre-vifs proprement dites, auxquelles ne « s'applique pas l'expédient de l'article 511 ; car, enfin, « l'interdit n'est pas représenté pour ces sortes d'actes ; « et la nullité pourra toujours en être prononcée, selon « les cas, aux termes de l'article 901. » (*Explicat. somm. du liv. I*, tit. VI, n° 20.)

Cette observation est très-juste !

Et nous décidons, en conséquence, que l'interdit étant, durant ses intervalles lucides, capable de faire, soit un testament, soit même une donation entre-vifs, est, dès lors aussi, capable de faire le partage de ses biens entre ses enfants, non-seulement par testament, mais encore par donation entre-vifs (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction, etc.*, t. II, n°s 647, 648 et 648 *bis*).

24. — Nous avons vu que la personne placée dans un établissement public ou privé d'aliénés, en vertu de la loi du 30 juin 1838, n'est point, par cela seul, frappée de l'incapacité de disposer par donation entre-vifs, ni par testament, et que seulement les dispositions qu'elle a faites durant ce temps, peuvent être attaquées pour cause de démence (art. 39 de la loi précitée ; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 377).

La même règle est, par conséquent, applicable au partage d'ascendant, soit entre-vifs, soit par testament, qu'elle aurait pu faire (art. 1076).

25. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, pouvant faire un testament sans l'assistance de son conseil, pourra de même, sans cette assistance, faire un partage testamentaire entre ses enfants.

Mais il ne pourrait pas, sans cette assistance, faire un

partage entre-vifs, puisqu'il ne peut pas faire une donation entre-vifs sans être assisté de son conseil (art. 499, 513; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 373).

26. — Il n'y avait aucune difficulté à décider, avant la loi du 31 mai 1854, que le mort civilement était incapable de faire un partage d'ascendant, soit entre-vifs, soit par testament; cela était tout simple, en effet, puisqu'il était incapable de transmettre ses biens (acquis depuis la mort civile), non-seulement par donation entre-vifs ou par testament, mais même seulement à titre de succession, et que ses enfants n'étaient pas ses héritiers! (Art. 25, 33.)

Mais, depuis la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, le condamné à une peine afflictive perpétuelle peut transmettre ses biens, à titre de succession, à ses enfants, qui deviennent, après lui, ses héritiers légitimes; et il semblerait rationnel qu'il pût, en conséquence, aussi faire, entre eux, le partage de ses biens. Est-ce que même le partage, fait par lui entre-vifs, n'aurait pas donné à la société une satisfaction de plus, en faisant cesser, au profit des enfants du condamné, les effets de cette interdiction légale, dans les liens de laquelle son patrimoine se trouve engagé pour toute la durée de sa vie?

Il est vrai; et nous avons déjà exprimé le regret que le condamné n'ait pas, en effet, la capacité de faire un partage entre ses enfants (comp. notre *Traité de la Jouissance et de la privation des droits civils;* Appendice sur la loi du 31 mai 1854, n° 17).

Mais nous persistons à croire qu'il n'a pas cette capacité; car c'est dans les termes les plus généraux que l'article 3 de la loi du 31 mai 1854 décide que le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, et que tout testament, fait par lui antérieurement à sa condamnation devenue définitive, est nul.

D'où il suit, d'après notre article 1076, qu'il ne peut faire un partage d'ascendant, ni par donation entre-vifs ni par testament, et que même le partage qu'il aurait fait, par testament, avant sa condamnation, serait nul (comp. *infra*, n° 30; Valette, *Explicat. somm. du liv.* I, p. 25).

27. — Quant à l'individu interdit légalement, aux termes des articles 29 et 30 du Code pénal, nous ne pouvons que nous reporter aux règles, que nous avons exposées déjà, et qui sont applicables au partage d'ascendant, comme aux autres dispositions à titre gratuit (comp. notre *Traité de la Jouissance et de la privation des droits civils*, n°s 192-193; et le tome I de ce *Traité*, n° 162).

28. — L'étranger, non naturalisé en France, pourrait-il faire un partage d'ascendant?

Sans aucun doute! puisqu'il peut aujourd'hui disposer à titre gratuit, soit par donation entre-vifs, soit par testament, de la même manière que les Français (comp. art. 726, 912; loi du 14 juillet 1819; et le tome I de ce *Traité*, n° 454).

On objecterait, en vain, que la faculté de faire ce partage est un attribut de notre puissance paternelle française, et qu'elle forme un statut personnel, qui ne saurait être appliqué aux étrangers (art. 3).

Tel n'est pas le caractère que notre Code lui imprime.

Ce qu'il y voit principalement, c'est un des modes d'exercice et une application particulière de la faculté générale, qui appartient aux père et mère et autres ascendants, de disposer à titre gratuit de leurs biens au profit de leurs enfants.

Or, cette faculté appartient aux étrangers comme aux Français (comp. Genty, p. 120-121).

29. — *b*. En ce qui concerne les enfants, la question de savoir quelle est la capacité qui doit être requise dans leur personne, n'offre pas non plus de difficulté dans le cas où le partage est fait par donation entre-vifs (*supra*, n° 19).

La capacité qu'ils doivent avoir est évidemment celle, qui est, en général, requise pour recevoir par donation entre-vifs; car c'est bien par une vraie donation entre-vifs qu'ils acquièrent actuellement les biens que leur ascendant leur transmet (*supra*, n° 2).

C'est ainsi que l'enfant, qui ne serait pas encore conçu au moment du partage entre-vifs, ne pourrait pas y être compris (art. 906).

30. — De même, l'enfant qui aurait été condamné à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait pas être compris dans un partage entre-vifs (art. 3 de la loi du 31 mai 1854).

Cette déduction, qui nous paraît inévitable, peut offrir, toutefois, de sérieux inconvénients; et nous avons remarqué déjà qu'elle n'est pas même en harmonie avec le système général de notre droit actuel.

Que l'enfant, mort civilement, fût incapable, avant la loi du 31 mai 1854, de figurer dans un partage d'ascendant fait par donation entre-vifs, cela était rationnel et nécessaire; car non-seulement il ne pouvait pas recevoir par donation entre-vifs, mais il ne pouvait non plus recueillir aucune succession; et il n'était pas, en conséquence, l'héritier présomptif de l'ascendant qui faisait le partage.

Mais telle n'est pas, d'après la loi du 31 mai 1854, la condition de l'enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle. Cet enfant, au contraire, conserve tous ses droits de successibilité; il sera donc, lors du décès de l'ascendant, son héritier au même titre que les autres enfants; et il semble, dès lors, que l'ascendant aurait dû pouvoir le comprendre dans son partage, d'autant plus qu'il aurait ainsi le moyen d'écarter de la famille cet enfant, dont la présence ne peut être, pour elle, qu'un sujet de honte et de douleur! Nous avons vu que le législateur lui-même favorise ce moyen, lorsqu'il s'agit d'un enfant naturel, c'est-à-dire dans une circon-

stance dont la gravité est certes beaucoup moins grande ! (Comp. art. 761, et notre *Traité des Successions*, t. II, n° 105.)

Ajoutons que l'impossibilité, où se trouve l'ascendant de comprendre celui de ses enfants qui a été condamné à une peine afflictive perpétuelle, a pour résultat de le priver lui-même de la faculté de faire entre-vifs le partage de ses biens entre ses enfants; car, le partage est nul, s'il ne comprend pas tous les enfants qui seront appelés à succéder à l'ascendant, lors de son décès (art. 1078); or, l'enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle sera appelé à lui succéder; et pourtant, il ne peut pas être compris dans son partage!

De sorte que cette incapacité pénale de l'un des enfants semble rejaillir sur l'ascendant lui-même et sur les autres enfants.

Le législateur a-t-il considéré que la nécessité sociale de maintenir efficacement les conséquences de cette grave condamnation, s'opposait à ce que l'enfant, qui l'avait encourue, reçût d'avance sa part, à titre de donation entre-vifs?

Il se pourrait!

Quoi qu'il en soit, ce qui nous paraît certain, c'est qu'il ne peut pas la recevoir; et que, par suite, l'ascendant, dont l'un des enfants a été condamné à une peine afflictive perpétuelle, ne peut pas, en effet, partager sûrement entre-vifs, ses biens entre ses enfants (comp. notre *Traité de la Jouissance et de la privation des droits civils;* Appendice sur la loi du 31 mai 1854, n° 21; Valette, *Explicat. somm. du liv.* I, p. 24, 25).

30 *bis*. — Supposons maintenant que le partage est fait par testament.

La capacité, qui doit alors être requise dans la personne des enfants, est-elle celle qui est, en général, requise pour recevoir par testament?

L'affirmative paraît bien, à première vue, résulter du texte de l'article 1076 et de la solution même que nous venons de présenter.

En effet, l'article 1076 ne fait aucune distinction entre le partage entre-vifs et le partage testamentaire, en ce qui concerne *les formalités, conditions et règles*, auxquelles il le soumet; et de même que le partage par donation entre-vifs est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour la donation entre-vifs, le partage testamentaire est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour le testament;

Or, il vient d'être établi que, dans le cas où le partage est fait entre-vifs, les enfants doivent avoir la capacité requise pour recevoir par donation entre-vifs;

Donc, ils doivent avoir, dans le cas où le partage est testamentaire, la capacité requise pour recevoir par testament.

Et, par exemple, si l'un des enfants a été condamné à une peine afflictive perpétuelle, il s'ensuit également qu'il ne peut pas être compris dans un partage testamentaire d'ascendant; car, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut pas plus recevoir par testament que par donation entre-vifs.

Cette argumentation est certainement très-forte; elle nous avait même paru d'abord irrésistible (comp. notre *Traité* précité, Appendice, n° 17).

Nous ne croyons pas pourtant devoir nous y arrêter; et notre avis est, au contraire, que la capacité, qui doit être requise dans la personne des enfants, lorsque le partage est testamentaire, est celle qui est requise pour succéder *ab intestat*, et non point celle qui est requise pour recevoir par testament :

1° Nous entreprendrons bientôt de démontrer que le partage testamentaire, fait par l'ascendant, ne modifie ni le caractère de la vocation des enfants, qui demeure

toujours *légitime*, ni par conséquent, leur titre, qui est toujours celui *d'héritier* (*infra*, n° 97);

Or, s'il en est ainsi, ce n'est pas comme *légataires*, mais comme *héritiers*, en effet, qu'ils acquièrent les biens compris dans leur lot.

Et s'ils ne les acquièrent pas comme légataires, ce n'est pas la capacité de recevoir par testament qui doit être requise dans leur personne, c'est la capacité de succéder !

2° Cette différence entre le partage fait par donation entre-vifs et le partage fait par testament, est d'ailleurs facile à comprendre.

Dans le premier cas, les enfants n'ont aucun titre autre que celui de donataires, pour acquérir actuellement, du vivant même de l'ascendant, les biens que celui-ci leur transmet; et il faut dès lors, de toute nécessité, qu'ils soient capables de recevoir par donation.

Mais, au contraire, dans le second cas, leur titre pour acquérir, ce n'est pas le testament, c'est la loi qui leur défère la succession, dont le partage testamentaire a seulement pour objet de répartir entre eux les biens.

3° Ces motifs répondent suffisamment, suivant nous, à l'argument que l'on déduit, en sens contraire, de la généralité de l'article 1076, qui confond, dit-on, absolument dans les mêmes règles le partage fait par donation entre-vifs et le partage fait par testament.

Est-ce que, en effet, les mêmes règles peuvent jamais convenir absolument à la donation entre-vifs et au testament, c'est-à-dire à deux modes de disposer si dissemblables?

Évidemment non! et la preuve en est dans cette matière même du partage d'ascendant, où il faut, je dirais presque, à chaque pas, distinguer l'un d'avec l'autre; à tel point que ce partage constitue, en effet, deux sortes de dispositions très-distinctes, suivant qu'il est fait par donation entre-vifs ou par testament; aussi distinctes que

le sont, entre eux, le testament et la donation entre-vifs.

Nous ne tarderons pas d'ailleurs à reconnaître toutes les difficultés, ou plutôt les complications inextricables auxquelles on aboutirait, avec cet argument, qui invoque la généralité absolue de l'article 1076, pour faire prévaloir sur tous les points, dans le partage d'ascendant, le principe de la donation entre-vifs et du testament!

Eh bien! oui, voilà un père, qui compte, parmi ses enfants, un condamné à une peine afflictive perpétuelle; et il veut faire un partage testamentaire de ses biens.

Il ne le pourra pas! dit-on; car il faudrait qu'il y comprît tous ses enfants; et il n'y peut pas comprendre le condamné!

Mais, en vérité, une telle conclusion est-elle possible!

Nous en étions ému déjà, lorsqu'il s'agissait d'un partage par donation entre-vifs, quoique pourtant, elle puisse être, dans ce cas, défendue par le moyen logique que nous venons de présenter (*supra*, n° 30).

Mais la défendre, par un moyen quelconque, dans un partage testamentaire! nous y renonçons.

Car, enfin, cet enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle, il est, comme les autres enfants, appelé à la succession de l'ascendant, qui vient de s'ouvrir; un partage est nécessaire entre lui et ses frères et sœurs; et il est impossible d'apercevoir pourquoi le partage, que l'ascendant lui-même a fait par testament, ne serait pas obligatoire dans ce cas comme dans les autres. Notez que, s'il n'est pas obligatoire, la nullité pourra en être demandée non-seulement par les autres enfants contre le condamné, mais encore par le condamné contre les autres enfants; car c'est là une incapacité d'ordre public, qui peut être, en effet proposée par celui-là même qui en est frappé! (Comp. notre *Traité de la Jouissance et de la privation des droits civils*, n° 193.)

Nous ne saurions admettre une telle doctrine.

Et nous concluons que la capacité requise, dans la personne des enfants, lorsque le partage est fait par testament, est celle qui est requise, non pas pour recueillir un legs, mais pour recueillir une succession (comp. *infra*, nos 105 et 113).

31. — D'ailleurs, lorsque le partage d'ascendant est fait par testament, l'acceptation des enfants n'est pas, bien entendu nécessaire (*supra*, n° 17).

C'est alors la succession qui leur arrive toute partagée, en vertu de la volonté de l'ascendant, auquel la loi a conféré ce pouvoir.

Les enfants sans doute peuvent renoncer au testament; mais renoncer au testament, c'est renoncer à la succession elle-même! (Comp. *infra*, n° 99.)

Et, dans ce cas, il faut observer les conditions et les formalités requises pour la répudiation des successions, s'il se trouve, parmi eux, des incapables (art. 461, 462, 776; comp. notre *Traité des Successions*, tome III, n° 592 et suiv.; Théodore Derome, *Revue crit. de législat.* 1866, t. XVIII, p. 1 et suiv.).

32. — Très-différent est le partage fait par donation entre-vifs, qui doit, au contraire, être accepté par les enfants (*supra*, n° 9).

Accepté, disons-nous, de la même manière et suivant les mêmes conditions, d'après lesquelles une donation entre-vifs ordinaire doit être acceptée (art. 1076).

Les enfants, donc, qui sont majeurs et capables, peuvent accepter par eux-mêmes, ou par une personne fondée de leur procuration spéciale et authentique, aux termes de l'article 933.

33.—Et, s'il y a, parmi eux, des incapables : des femmes mariées, des mineurs non émancipés ou des interdits, des mineurs émancipés, des individus pourvus d'un conseil judiciaire, des sourds-muets; il faudra que le partage soit accepté, suivant les cas, soit par l'enfant lui-

même, autorisé ou assisté, comme il devrait l'être pour accepter une donation entre-vifs ordinaire, soit par ses représentants légaux (art. 934, 935, 936; comp. le tome III de ce *Traité*, nos 154 et suiv.).

34. — Il paraît bien résulter des articles 32 et 36 de la loi du 30 juin 1838, que l'administrateur provisoire pourrait accepter le partage, au nom de celui des enfants qui se trouverait placé dans un établissement public ou privé d'aliénés (comp. Genty, p. 123).

35. — Mais supposons que l'un des enfants soit absent.

L'ascendant pourrait, sans doute, ne pas le comprendre dans son partage.

De même que les autres enfants pourraient, après le décès de l'ascendant, qui l'y aurait compris, méconnaître son existence et demander que la part qui lui aurait été faite, fût partagée entre eux (art. 135, 136, 725; comp. notre *Traité de l'absence*, n° 201).

L'ascendant peut néanmoins vouloir, à tout événement, comprendre l'absent dans son partage.

Et, le législateur n'ayant pas prévu cette hypothèse singulière, il est permis d'hésiter sur la question de savoir par qui le partage pourra être accepté, dans ce cas, au nom de l'absent.

Si l'absence était déjà déclarée, il semble que l'acceptation pourrait être faite par les envoyés en possession, ou par le conjoint administrateur légal (art. 134).

Et, s'il n'y avait encore que présomption d'absence, l'ascendant, qui aurait certainement qualité à cet effet (art. 112) pourrait provoquer la nomination d'un mandataire spécial ou d'un curateur, pour accepter le partage au nom de l'enfant; ajoutons que ce mandataire ne devrait pas être nécessairement un notaire, ainsi que l'exige l'article 113, pour le partage des successions; car les formalités relatives au partage des successions ne sont pas ici applicables (comp. *infra*, n° 36; Genty, p. 124).

36. — Une règle importante gouverne, d'ailleurs, également les différentes hypothèses que nous venons de parcourir, et dans lesquelles nous avons supposé qu'il se trouvait des mineurs, des interdits ou d'autres incapables.

C'est à savoir qu'il n'y a pas lieu, dans ces hypothèses, de recourir aux formalités de justice ou autres, auxquelles la loi soumet les partages ordinaires de succession, dans lesquels des mineurs, des interdits, des femmes mariées sous le régime dotal ou d'autres incapables se trouvent intéressés.

L'article 1076, qui forme, sous ce rapport, la règle spéciale et complète de notre sujet, se borne à exiger l'observation des formes et conditions prescrites pour les donations entre-vifs et testaments.

Et nous avons remarqué, en effet, que c'est précisément l'un des avantages les plus précieux du partage d'ascendant, d'épargner aux enfants les frais et les lenteurs des partages judiciaires, dans le cas même où leur incapacité aurait pu les rendre nécessaires (comp. le tom. V, n° 665).

C'est ainsi, par exemple, qu'il n'est pas nécessaire de nommer à chacun des enfants mineurs ou interdits, ayant des intérêts opposés, un tuteur spécial et particulier ; l'article 838, il est vrai, l'exige dans le partage ordinaire des successions; mais ce ne sont point les articles du titre *des Successions* qu'il faut appliquer ; ce sont les articles du titre *des Donations entre-vifs et des Testaments,* qui n'exigent rien de pareil (comp. *supra,* n° 4 ; Besançon, 16 janv. 1846, Bidot, Dev., 1847, II, 267; Cass., 4 mai 1846, Jean-Jean, Dev., 1846, I, 465; Cass., 4 juin 1849, Flandrin, Dev., 1849, I, 487, Grenier, t. III, n° 400; Toullier, t. III, n° 812 ; Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'enregistr.*, t. III, n° 2622; Genty, p. 122 et 124; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 219-220).

37. — Il faut aussi en conclure que le partage entre-vifs peut être accepté, conformément à l'article 935, non-seulement par le tuteur, quel qu'il soit, avec la seule autorisation du conseil de famille, mais encore par tout ascendant des mineurs, sans aucune autorisation du conseil de famille, et lors même qu'il ne serait ni tuteur ni curateur.

Voilà comment le partage fait simultanément par le père et la mère entre leurs enfants mineurs, peut être accepté au nom de ces mineurs: par le père, quant à la donation faite par la mère; et par la mère, quant à la donation faite par le père (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 199; Nîmes, 22 mars 1839, D., 1839, II, 157; Nîmes, 10 avril 1847, Agniel, Dev., 1847, II, 130; Metz, 18 juin 1863, Hitter, Dev., 1863, II, 211; Grenoble, 11 janv. 1864, Pallavicino, Dev., 1864, II, 249; Grenier, t. III, n° 395; Ancelot, *h. l.* note *a*; Duranton, t. IX, n° 623; Genty, *loc. supra cit.*; Saintespès-Lescot, t. V, n° 459).

38. — Mais, dans ce dernier cas, c'est-à-dire lorsque le partage est accepté, au nom d'un enfant mineur, par un ascendant, en sa seule qualité, cet ascendant a-t-il le pouvoir d'obliger l'enfant, soit au payement d'une soulte dont son lot aurait été chargé, soit au service d'une pension ou d'une rente viagère, ou de toute autre obligation, que l'ascendant, qui a fait le partage, aurait stipulée à son profit ou au profit d'un tiers?

En examinant l'article 935, nous avons dit déjà :

1° Qu'il était certain qu'un ascendant ne pouvait pas, en acceptant une donation ordinaire faite au mineur, consentir seul, et sans l'accomplissement des formalités requises à cet effet, l'aliénation ou l'hypothèque de l'un de ses immeubles;

2° Qu'il était même douteux s'il pouvait consentir à celles des charges qui ne pesaient que sur les biens donnés, et dont le résultat était seulement de diminuer

l'émolument de la donation (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 185, 186).

La première de ces propositions est, à notre avis, aussi certaine, pour le partage d'ascendant que pour une donation entre-vifs ordinaire (comp. Genty, p. 159, 160).

Mais nous conviendrons que la seconde nous paraît ici de plus en plus douteuse; et nous sommes, en effet, porté à croire que l'ascendant, par cela même qu'il a qualité pour accepter le partage au nom du mineur, a qualité pour accepter, en son nom, les diverses combinaisons qui presque toujours l'accompagnent, et sans lesquelles il ne pourrait pas être fait (comp. Grenoble, 11 janv. 1864, Pallavicino, Dev., 1864, II, 249; *Revue du Notariat et de l'Enregist.* de M. E. Paultre, 1865, p. 189; *voy.* aussi Cass., 5 janv. 1863, Noël, Dev., 1863, I, 9).

39. — Rien ne s'oppose, du reste, à ce que l'ascendant fasse plusieurs partages successivement:

Soit qu'il les fasse tous par donation entre-vifs;

Soit qu'il les fasse tous par testament;

Soit enfin qu'il fasse les uns par donation entre-vifs, et les autres par testament.

On conçoit, en effet, qu'après un premier partage, qu'il aurait fait de tous les biens ou d'une partie des biens, qu'il avait alors, il veuille ensuite faire un second partage ou même un troisième, après le second, etc., des biens nouveaux, qu'il aurait acquis, ou de ceux de ses biens qu'il n'aurait pas d'abord partagés (arg. de l'article 1077; comp., *infra*, n° 615; notre *Traité des Successions*, t. III, n° 615; et t. V, nos 427, 428; Genty, p. 165).

40. — Mais l'ascendant pourrait-il faire un seul et même partage, par plusieurs actes différents, au moyen desquels il attribuerait, séparément, un lot à chacun de ses enfants?

Ce qui caractérise le partage, c'est qu'il est une opération collective, qui se compose d'un ensemble d'attributions unies, les unes aux autres, par le lien d'une commune dépendance et d'une subordination réciproque; il n'y aurait point de partage, là où l'on ne pourrait reconnaître que des libéralités individuelles et isolées, qu'aucune relation ne rattacherait entre elles (comp. *infra*, n° 223).

Voilà le principe.

Le mode d'exécution, le plus ordinaire, et le plus naturel aussi sans doute, est que les attributions corrélatives soient faites à chacun des enfants, par un seul et même acte.

Mais pourtant nous ne voyons pas ce qui empêche qu'elles puissent être faites par des actes différents, si ces différents actes, quoique contenant les apportionnements séparés de chacun des enfants, ont été reliés les uns aux autres de manière à ne former qu'une seule opération.

Cette manière de procéder pourrait surtout se comprendre, dans le cas où les apportionnements séparés auraient eu lieu par plusieurs testaments; puisque les testaments ont tous, en même temps, leur effet, à l'époque du décès du testateur, comme s'il n'y en avait qu'un seul, dès que les derniers ne révoquent pas les premiers.

Il serait plus difficile de la comprendre dans un partage entre-vifs; et encore ne serait-elle pas impossible, à la condition que les enfants co-partagés auraient connaissance des donations séparées, par lesquelles chacun d'eux recevrait son apportionnement, et qu'ils y donneraient réciproquement, chacun, son adhésion (comp. Cass., 4 déc. 1839, Lemarié, Dev., 1840, I, 43; Limoges, 8 mars 1843, Bary, Dev., 1843, II, 82; Genty, p. 165-166).

41. — Nous venons de constater, avec l'article 1076,

que la faculté particulière, qui appartient aux ascendants, de partager leurs biens entre leurs enfants, n'est, en ce qui concerne les conditions de forme et de capacité, auxquelles elle est soumise, qu'une application de la faculté générale, qui leur appartient, de disposer à titre gratuit, au profit de leurs enfants, comme de tous autres.

Il en résulte que les ascendants ont deux manières de disposer au profit de leurs enfants, et qu'ils peuvent faire :

Soit une donation ordinaire, sans dispense de rapport, ou avec dispense de rapport et par préciput ;

Soit un partage.

Ces deux manières, toutefois, sont très-différentes, quoiqu'elles soient soumises aux mêmes conditions d'exercice ; et il importe toujours de les bien distinguer.

La première est régie par les articles du *Titre des Successions*, et par les articles de notre *Titre*, qui règlent le sort des dons et des legs faits à des successibles avec ou sans dispense de rapport (art. 843 et suiv. ; art. 919) ;

La seconde est régie par les articles de notre chapitre, qui ont organisé l'institution du partage d'ascendant.

L'une et l'autre sont donc aussi soumises à des règles spéciales ; et elles ne doivent pas être confondues (comp. Limoges, 8 mars 1843, Bary, Dev., 1844, II, 82).

42. — La différence est même si grande entre ces deux manières de disposer, que le législateur avait eu d'abord la pensée de défendre à l'ascendant de les exercer cumulativement, dans le même acte.

L'article 56 du projet était, en effet, ainsi conçu :

« Le partage sera encore nul, si les père et mère, ou « autres ascendants, ont fait, à titre de préciput, une « disposition soit entre-vifs, soit par testament, au profit « d'un ou de plusieurs de leurs enfants ou descendants. » (Fenet, t. XII, p. 409.)

Mais cet article a été supprimé.

« Il eût été injuste, dit M. Bigot-Préameneu, et même « contraire au but que l'on se proposait, de refuser au « père, qui, lors du partage entre ses enfants, pouvait « disposer librement d'une partie de ses biens, l'exercice « de cette faculté dans le partage même; c'est ainsi qu'il « peut éviter des démembrements, conserver à l'un de ses « enfants l'habitation, qui pourra continuer d'être l'asile « commun, réparer les inégalités naturelles ou acci- « dentelles; en un mot, c'est dans l'acte de partage, qu'il « pourra le mieux combiner, et en même temps réaliser « la répartition la plus équitable et la plus propre à « rendre heureux chacun de ses enfants. » (Fenet, *loc. supra cit.* p. 567.)

Ces considérations sont excellentes! et on ne saurait mieux prouver combien il était sage de laisser à l'ascendant le pouvoir de disposer, par préciput, de la quotité disponible, dans l'acte même par lequel il fait le partage de ses biens entre ses enfants.

Il a donc ce pouvoir. (Art. 1079.)

Mais, dans cette hypothèse même, les deux espèces de dispositions, le partage et le préciput, pour être réunis dans le même acte, n'en demeurent pas moins toujours distincts, sauf le cas spécial, qui est prévu par le second alinéa de l'article 1079 (*infra*, n° 188.)

Chacune d'elles continue donc d'être régie par les règles qui leur sont propres.

D'où il suit que la validité des dispositions faites par préciput n'est pas généralement subordonnée à la validité du partage; de même que la validité du partage n'est pas subordonnée à lavalidité des dispositions faites par préciput (comp. *infra*, n°s 47, 241 et 242; Bordeaux, 2 mars 1832, Lapeyre, Dev., 1832, II, 283; Cass., 21 nov. 1833, Roux, Dev., 1834, I, 160; Besançon, 16 janv. 1846, Bidot, Dev., 1847, II, 267; Grenier, t. III, n°s 399, 400;

Toullier, t. III, n° 812; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 219; Genty, p. 82, et 183-184).

43. — De là résulte une conséquence notable, à savoir : que le partage lui-même n'est pas une disposition, qui suffise pour constituer, au profit de l'un des enfants, un avantage par préciput (comp. *infra*, n° 242).

Quelle que fût l'inégalité, que l'ascendant aurait établie entre les différents lots, et lors même qu'elle serait si flagrante qu'elle témoignerait évidemment de sa volonté d'avantager l'un des enfants au détriment des autres, il n'y aurait là ni une donation entre-vifs, ni un legs par préciput, si, en effet, l'ascendant n'avait pas déclaré donner ou léguer la différence.

Il n'y aurait qu'un partage ; et cette inégalité, si elle constituait une lésion de plus du quart au préjudice de l'un des enfants, ouvrirait, à son profit, une action en rescision, dans le cas même où sa réserve ne serait pas entamée.

On pourrait, à première vue, s'en étonner peut-être.

L'ascendant, qui fait un partage entre ses enfants, n'a pas, en effet, besoin de dispenser du rapport ceux d'entre eux qu'il veut avantager ; le rapport ne se fait qu'à la masse; il n'est qu'un incident du partage ; or, précisément, il n'y a plus de masse, et le partage n'est plus à faire, puisque l'ascendant l'a fait; donc, la nécessité d'une dispense de rapport ou d'une clause de préciput, qui se conçoit dans une donation ou un legs ordinaire, semble, au contraire, difficile à justifier dans un partage d'ascendant (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 248).

Cette théorie pourtant nous paraît logique et prévoyante :

Elle est logique; car, lorsque l'ascendant déclare vouloir faire un partage, c'est seulement un acte d'égalité qu'il veut faire ; et il est tout simple que la loi exige que cet acte réunisse les conditions essentielles à sa validité ; si donc l'un des co-partagés est lésé de plus

du quart, ce que l'on doit présumer, ce n'est pas que l'ascendant a eu l'intention de faire un avantage aux autres, c'est qu'il s'est trompé dans l'estimation des biens.

Nous ajoutons qu'elle est prévoyante; car, si la loi autorise l'ascendant à disposer, au profit de l'un de ses enfants, par récipiut, de sa quotité disponible, du moins veut-elle *que cette disposition ait été faite expressément à titre de préciput ou hors part* (art. 919; ajout. art. 843); et, par conséquent, elle ne pouvait admettre ces dispositions préciputaires, simplement tacites, que l'on voudrait induire de la seule inégalité des différents lots, dans le cas, que nous supposons toujours, où cette inégalité produit, au préjudice de l'un des enfants, une lésion de plus du quart. Il faut que l'ascendant ait le courage de ses préférences; voilà ce que le législateur a voulu, avec beaucoup de sagesse!

44. — On a même mis en question si l'avantage indirect qui résulte seulement de la manière, dont le partage est opéré, et de l'inégalité des différents lots, peut être l'objet d'une disposition faite expressément par préciput.

L'ascendant, par exemple, a déclaré que, si l'un des lots se trouve plus fort que les autres, il entend donner, par préciput, la différence en plus, à celui de ses enfants auquel ce lot appartiendra.

Le but de cette déclaration est évidemment d'empêcher que le partage puisse être l'objet d'une action en rescision pour cause de lésion de plus du quart; c'est là, disonsnous, son but, et le seul, en effet, qu'elle puisse se proposer; car, si les inégalités, qui se trouvent entre les lots, ne produisent pas une lésion de plus du quart, aucune action ne pourrait être intentée par ceux dont les lots sont les plus faibles; et cela, lors même qu'il ne se trouverait, dans l'acte, aucune déclaration de ce genre.

Eh bien! donc, une telle clause de préciput est-elle valable ?

Nous devons dire qu'elle est fort usitée ; et il ne paraît pas que la pratique en ait conçu le moindre scrupule.

Ne pourrait-on pas néanmoins y opposer les objections que voici :

1° Lorsque le législateur exige que la clause de préciput soit expresse, son but est de forcer l'ascendant à avouer tout haut la préférence qu'il accorde à l'un de ses enfants, au détriment des autres (art. 843, 919) ;

Or, ce but ne serait pas atteint, s'il suffisait de cette clause générale et vague, par laquelle l'ascendant déclarerait que celui de ses enfants, dont le lot sera plus fort que celui des autres, conservera par préciput la différence.

Et si l'on objectait que peut-être il ignore lui-même le lot, au profit duquel se trouve cette différence, et quel est celui de ses enfants, qui va être avantagé par préciput, il faudrait répondre que le législateur, en accordant aux ascendants ce pouvoir rémunérateur, qui consiste dans l'attribution de la quotité disponible à celui de leurs enfants, que leur justice paternelle en reconnaît le plus digne, n'a pas entendu leur accorder le droit de favoriser l'un de leurs enfants, aveuglément et, pour ainsi dire, à l'aventure, sans savoir même lequel !

2° En règle générale, d'ailleurs, la loi ne permet pas, dans un partage, les clauses dont le résultat serait d'enlever aux co-partageants l'action en rescision pour cause de lésion (comp. art. 884, 887; notre *Traité des Successions*, t. V, n° 424).

Or, tel peut être seulement le résultat de cette clause de préciput, qui tendrait, contrairement aux principes et à l'équité, à rendre irréparable une lésion de plus du quart, dans un acte qualifié partage, et soumis par la loi

aux règles, qui gouvernent cette espèce d'opération (comp. Genty, p. 182, 183).

Si spécieuse que cette argumentation puisse paraître, nous ne croyons pas, pourtant, que l'on doive s'y arrêter :

1° Oui, sans doute, les articles 843 et 919 exigent que la disposition par préciput soit expresse.

Mais la voici, en effet, très-expresse et très-catégorique, puisque l'ascendant a déclaré qu'il donne, par préciput, la différence en plus, qui se trouvera dans l'un des lots, à celui de ses enfants, auquel ce lot appartiendra.

Dans quel lot est-elle, cette différence? En quoi consiste-t-elle? Et quel est celui des enfants qui en profitera?

Il est vrai que l'ascendant ne s'en explique pas; mais la loi n'a pas exigé qu'il s'en explique!

Et il satisfait, dès lors, à la seule condition qu'elle lui impose, dès qu'il déclare disposer par préciput, dans les limites de sa quotité disponible, au profit de celui de ses enfants qui aura le lot le plus fort.

2° Voilà aussi la réponse qu'il faut faire à la seconde objection, qui consiste à dire que les co-partageants ne peuvent être privés, par aucune clause, de l'action en rescision pour lésion de plus du quart.

C'est que la disposition, dont il s'agit, n'est pas une clause de partage; c'est une donation entre-vifs, ou un legs, qui, pour être inséré dans le partage, n'en conserve pas moins son caractère propre! (*Voy.* l'espèce jugée par la Cour de Dijon, le 11 mai 1844, de Kolly, Dev., 1844, II, 669; Troplong, t. IV, n° 2306.)

45. — Ce qu'il faut ajouter, toutefois, c'est que ces sortes de clauses préciputaires doivent être particulièrement expresses.

Nous avons dit ailleurs, il est vrai, que l'on doit considérer comme faite avec dispense de rapport, lors même

qu'il n'y en a pas une déclaration expresse, la donation ou le legs que l'ascendant fait à l'un de ses enfants, dans l'acte par lequel il partage ses biens entre eux (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 248); et cette doctrine nous paraît, en effet, toujours exacte, dans l'hypothèse, que nous avons supposée, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une libéralité spéciale et individuelle, qui ne se confond pas avec le partage lui-même. (*Supra*, n° 43.)

Mais telle n'est pas l'hypothèse, qui nous occupe ici ; ce que nous supposons maintenant, c'est que la libéralité, qui fait l'objet de la clause de préciput, n'est pas distincte du partage, et qu'elle résulte seulement de la manière dont il est opéré. (Comp. *supra*, n° 42.)

Or, dans ce cas, il y a un motif spécial pour que la dispense de rapport soit formellement exprimée.

Le partage d'ascendant a, lui-même, en effet, ce caractère, qui lui est commun avec la disposition faite par préciput, qu'il emporte la dispense de rapport.

Lors donc que l'ascendant, qui fait un partage, y insère une clause générale et réciproque de dispense de rapport, il peut être douteux si son intention a été seulement d'énoncer l'effet ordinaire du partage lui-même, sans vouloir d'ailleurs en changer les conséquences légales, ou s'il a, au contraire, voulu faire, outre le partage, une vraie disposition par préciput, qui aurait pour résultat de priver réciproquement les co-partagés de l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart.

Et voilà pourquoi il faut que l'ascendant s'explique, à cet égard, clairement.

Supposez, par exemple, qu'il ait déclaré *disposer à titre de partage, et, en tant que de besoin, par préciput.*

Nous sommes de l'avis de M. Genty (p. 183-184), qui pense que c'est là une clause équivoque, dont on ne peut pas affirmer si elle ne se réfère qu'à l'effet normal

du partage ou si elle constitue une disposition préciputaire.

46. — L'honorable M. Duvergier rappelle qu'il a été consulté sur un testament contenant partage, dans lequel le testateur avait ajouté, à chaque lot, ces paroles : *Pour part et hors part;* on soutenait, dit-il, que la même formule, ainsi répétée, annonçait l'intention de placer tous les enfants sur la même ligne, et que celui qui avait reçu effectivement plus que ses co-héritiers, ne pouvait le conserver comme légataire. M. Duvergier pensa, au contraire, que l'intention de donner par préciput était clairement manifestée; M. Ravez a délibéré une consultation dans le même sens; et la Cour de Paris, par un arrêt rendu en 1844, a consacré cette opinion (sur Toullier, t. III, n° 812, note *a*).

Il se peut que cet arrêt ait été bien rendu dans l'espèce; car ce sont là des questions d'interprétation. Mais peut-être cette formule n'est-elle pas encore assez explicite; et nous ne voudrions pas la proposer comme exemple.

Pourquoi donc ne pas dire catégoriquement que, *si l'un des lots se trouve plus fort que les autres, l'ascendant* entend donner *par préciput la différence en plus!*

47. — Nous ferons une dernière remarque sur cette clause générale et réciproque de préciput.

C'est que, à la différence de la disposition, qui est faite principalement et directement par préciput, celle-ci n'est faite qu'indirectement et accessoirement au partage; elle n'a pas une existence propre et indépendante, puisqu'elle ne résulte que du partage lui-même et de la manière dont les lots ont été composés.

De là, nous croyons qu'il faut déduire les conséquences suivantes :

1° Qu'elle n'a pas, à l'égard des tiers, plus d'effet que le partage lui-même, dans lequel elle se confond et dont elle est inséparable; que, dès lors, les enfants co-parta-

gés ne pourraient pas s'opposer à des donations postérieures ou à des legs, en soutenant qu'elle a absorbé ou diminué d'autant la quotité disponible (art. 844, 845);

2° Que, même entre les enfants co-partagés, elle n'a d'effet qu'en vertu du partage auquel son sort est intimement lié; que dès lors elle devrait tomber, si le partage tombait : de façon que la nullité du partage entraînerait la nullité de ce préciput, qui n'était que la manière d'être du partage lui-même. (Comp. *supra*, n° 42, et *infra*, n° 242; Genty, p. 185.)

48. — L'ascendant, qui peut exercer cumulativement dans le même acte, ces deux manières de disposer, peut, *à fortiori*, exercer séparément chacune d'elles dans des actes séparés.

Il est donc libre de disposer, en tout ou en partie, de sa quotité disponible, au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants, dans un acte distinct de celui par lequel il a fait, entr'eux, avant, après, ou simultanément, le partage de ses biens.

Mais la dispense de rapport ou clause de préciput est alors nécessaire, pour que l'enfant avantagé puisse conserver la libéralité, en acceptant la succession (art. 843, 919).

Vainement, on objecterait qu'il n'y a plus de masse, et que le partage n'est pas à faire, puisqu'il a été fait par l'ascendant.

En fait d'abord, cette objection ne serait pas fondée, s'il y avait des biens, ou même un seul bien, qui n'eût pas été compris dans le partage.

Et de plus, en droit, il serait toujours inexact de dire qu'il n'y a pas de biens dans la succession ab intestat; car, précisément, le droit qui appartient aux autres enfants de demander le rapport, se trouve dans la succession elle-même. La seule circonstance, d'ailleurs, que l'ascendant aurait partagé ses autres biens entre tous ses

enfants, ne pourrait être, à notre avis, considérée comme une dispense expresse de rapport au profit de celui des enfants, auquel il aurait fait une donation entre-vifs ou un legs par un acte différent (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 248).

49. — De ce qui précède il résulte qu'il importe de discerner exactement le caractère des dispositions à titre gratuit, qui ont été faites par un ascendant au profit de ses enfants, et si ces dispositions constituent des donations ou des legs ordinaires, ou si elles constituent un partage.

L'identité de la forme sous laquelle les unes et les autres se produisent, soulève en effet, parfois, des doutes.

Mais il est clair que ce n'est plus là qu'une question d'interprétation, puisqu'il s'agit uniquement de rechercher quelle a été l'intention des parties et ce qu'elles ont voulu faire. (Comp. Cass., 19 nov. 1867, Lecoufle, Dev., 1867, I, 446.)

Cette question d'ailleurs peut s'élever, soit dans les partages testamentaires, soit dans les partages entre-vifs.

C'est ainsi que, dans la distribution que l'ascendant aurait faite de ses biens par testament, on peut hésiter sur le point de savoir s'il n'a pas voulu faire seulement à chacun de ses enfants des legs individuels et isolés plutôt qu'un partage. Remarquons seulement que la circonstance qu'il aurait employé la qualification de *legs* et de *légataires* ne serait pas nécessairement exclusive d'un partage, s'il apparaissait que sa volonté a été, en effet, d'en opérer le partage, conformément à l'article 1075 : .... *Combien qu'il ait usé du mot : legs*, disait Guy-Coquille (sur l'art. 17 du *Titre des Successions*, de la Cout. de Nivernais ; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 217).

Ce qui devra notamment servir à caractériser le partage dans un testament, c'est la circonstance qu'une

attribution collective à tous les enfants précéderait, dans l'acte, les attributions individuelles, qui seraient faites, ensuite, à chacun d'eux.

Mais c'est surtout à l'occasion des actes entre-vifs, que l'ascendant a pu faire avec ses descendants, que cette question d'interprétation peut s'élever.

Le principe, à cet égard, est que « la loi abandonne entièrement cette appréciation à la conscience et aux lumières des juges du fait, » sans que leur décision puisse, de ce chef, encourir la cassation (Cass., 20 juin 1837, Moreau, Dev., 1837, I, 746);

En ajoutant, toutefois, que, « s'il leur appartient de rechercher, dans un acte, la commune intention des parties contractantes, de la dégager des clauses incertaines ou contradictoires de cet acte et des faits, qui peuvent s'y rattacher, il ne peut leur appartenir de modifier arbitrairement un contrat sous prétexte d'interprétation, d'en changer la nature et l'essence, de lui donner une fausse qualification pour le placer dans une classe à laquelle il serait étranger, ou pour l'affranchir des règles particulières qui doivent le régir, et pour le soumettre à des règles, qui ne lui sont point applicables. » (Cass., 4 juin 1849, Flandrin, Dev., 1849, I, 487 ; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 171.)

50. — Ce que l'on peut dire, en thèse générale, c'est que, dans cette recherche de la véritable nature de l'acte, les juges doivent s'attacher surtout à l'ensemble des clauses qu'il renferme, et aux conséquences juridiques qui doivent en résulter.

Les motifs et les circonstances qui ont pu porter les parties à faire cet acte, la qualification qu'elles lui auraient donnée, peuvent être prises aussi sans doute en considération ; mais ce n'est point là une considération décisive ; car, il arrive tous les jours qu'un acte est mal qualifié par les parties elles-mêmes, et que l'on méconnaîtrait leur volonté la plus évidente, si l'on s'ar-

rêtait aux dénominations plus ou moins *hasardées*, dont elles se servent !

N'a-t-on pas vu l'exemple d'un partage d'ascendant qualifié de *règlement de compte !* (Comp. Cass., 20 juin 1837, Moreau, Dev., 1837, I, 746.)

En voici un autre, qui porte le titre de *transaction !* (Comp. Agen, 6 juillet 1824, Capin, D. 1825, II, 50; Cass., 4 mai 1846, Jean-Jean, Dev., 1846, I, 465.)

Il y a aussi de vrais partages, que les parties appellent seulement *donations ;*

De même qu'il y a de vraies donations, que les parties appellent, au contraire, des *partages !*

Mais tous ces mots importent peu ; et c'est au fond des choses, qu'il faut toujours aller : *sermo rei, non res sermoni subjicitur !* (Comp. Genty, p. 102-103 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 218.)

51. — Il est surtout un caractère distinctif du partage et qui doit servir le plus, en effet, à le distinguer d'avec les dons et les legs ordinaires.

C'est que, tandis que les legs ou dons ordinaires sont individuels, le partage est, au contraire, collectif ; c'est que, régulièrement, il comprend tous les enfants et descendants ; et cela, en apportionnant chacun d'eux, en proportion de la part héréditaire, à laquelle il est appelé par la loi ; de sorte qu'il a lieu, en effet, d'après la vocation héréditaire, soit par têtes, soit par souches, suivant que les enfants et descendants, ou quelques-uns d'entre eux, sont appelés de leur chef ou par représentation (art. 739, 745, 1078).

Nous ne voulons pas dire que cette différence elle-même soit essentielle, et qu'elle s'opposera toujours absolument à ce que l'on confonde un partage d'ascendant avec des dons ou des legs simples.

Car, de même qu'il se peut que l'ascendant ait voulu faire un vrai partage, quoiqu'il n'ait pas maintenu, entre ses enfants, l'égalité des vocations héréditaires, ou quoi-

qu'il n'y ait pas du tout compris l'un d'eux (arg. de l'art. 1078; comp. Cass., 20 juin 1837, Moreau, Dev., 1837, I, 746);

De même, en sens inverse, il ne serait pas impossible que l'ascendant eût fait, à chacun de ses enfants, des attributions individuelles par donation entre-vifs ou par testament, sans avoir eu la pensée de faire, entre eux, un partage.

Il est vrai!

Mais, tout en reconnaissant que le moyen que nous proposons, pour distinguer ces deux sortes de dispositions, n'est pas infaillible, nous n'en maintenons pas moins qu'il est de beaucoup, entre tous les autres, le meilleur et le plus sûr.

52. — C'est ce moyen, par exemple, qui ne permettra pas de confondre, ainsi pourtant que l'on a parfois essayé de le faire, le partage d'ascendant avec l'espèce d'opération, que l'article 918 a prévue.

Un père abandonne ses biens à l'un de ses enfants, à la charge d'une rente viagère ou avec réserve d'usufruit; et les autres enfants, soit qu'ils aient consenti à cette aliénation, soit qu'ils n'y aient pas consenti, n'en ont, eux-mêmes, rien retiré. Est-ce qu'un tel acte pourrait être considéré comme un partage!

Mais supposez, au contraire, que le père abandonne ses biens à chacun de ses enfants, sous la charge aussi d'une rente viagère ou avec réserve d'usufruit; de sorte que chacun d'eux en ait sa part.

Voilà un partage! et si, plus tard, l'un des enfants demandait la rescision de cet acte, pour l'une des causes qui rendent les partages rescindables, les autres enfants, défendeurs, seraient, en général, mal venus à invoquer l'article 918, pour soutenir que cet acte rentre dans ses termes, et qu'il constitue seulement soit une donation entre-vifs ordinaire, soit un contrat à titre onéreux.

Telle serait, disons-nous, la solution généralement vraie; sauf les circonstances particulières de fait, qui pourraient la modifier (comp. Cass., 4 déc. 1839, Lemarié, Dev., 1840, I, 43; Genty, p. 103, 104; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 393, note *a*; D., *Rec. alph.*, h. v., n°s 4467, 4471).

53. — Pour que la donation faite par un ascendant à ses enfants, constitue un partage, dans les termes des articles 1075 et suivants, faut-il qu'elle renferme la division matérielle des biens donnés?

Ou doit-on, au contraire, considérer comme un partage, auquel les articles 1075 et suivants sont applicables, la donation par laquelle un ascendant abandonne ses biens à ses enfants, lors même qu'il n'en ferait pas, entre eux, la distribution matérielle?

Question délicate, et qui, celle-ci! n'est pas seulement de fait et d'interprétation (*supra*, n° 49), mais qui exige, en droit, l'exacte appréciation du caractère juridique du partage d'ascendant.

Nous remarquerons, toutefois, d'abord, que cette question elle-même ne peut sérieusement s'élever, qu'autant que, en fait, il n'y a eu aucun partage des biens donnés.

Un père fait donation de ses biens à ses enfants; et il n'en opère pas lui-même, de sa seule autorité, le partage. Mais tout aussitôt, ce partage est fait par les enfants, dans l'acte même de donation, sous l'influence et avec le concours de leur père. La Cour suprême, en cassant un arrêt contraire de la Cour d'Amiens, a décidé qu'il n'y avait là qu'un acte unique, dans lequel l'ascendant avait fait, par donation entre-vifs, le partage de ses biens entre ses enfants; et cette décision nous paraît très-bien rendue (4 juin 1849, Flandrin, Dev., 1849, I, 487; ajout. Agen, 17 nov. 1856, Pujos, Dev., 1856, II, 662).

A ce point, que nous l'appliquerions même à l'hypothèse, où la donation faite d'abord par l'ascendant, et le partage fait ensuite par les enfants, avec le concours

de l'ascendant, auraient eu lieu par deux actes successifs et séparés; si d'ailleurs, comme il est arrivé dans une espèce jugée par la Cour de Colmar, ces divers actes se liaient intimement les uns aux autres, de manière à ne former, dans la commune intention des parties, qu'un seul tout (21 fév. 1855, Moitier, Dev., 1855, II, 625; comp. Championnère et Rigaud, *Traité des droits d'Enreg.*, t. III, nos 2596, 2598; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 218).

54. — Mais supposons qu'aucune division matérielle des biens donnés n'a été faite ni par l'ascendant lui-même, ni par les enfants avec le concours de l'ascendant.

Celui-ci s'est borné à donner ses biens collectivement à ses enfants, dans la proportion de leurs droits héréditaires futurs; et le résultat de la donation est que les voilà tous, ensemble, co-propriétaires par indivis des biens donnés.

N'est-ce plus là qu'une donation simple et ordinaire?

Est-ce, au contraire, encore un partage d'ascendant, auquel il faille appliquer les articles 1075 et suivants?

Il est d'abord évident qu'on ne saurait appliquer, dans ce cas, ceux de ces articles qui règlent, soit les conditions de forme et de capacité, soit les effets et les causes de rescision du partage, quand il est fait par l'ascendant lui-même. (Art. 1076, 1079.)

Le partage, qui aura lieu plus tard, de ces biens, qui sont là désormais indivis entre les enfants, ce partage sera certainement soumis aux formes du droit commun; car il n'est plus qu'un partage ordinaire; c'est ainsi, par exemple, qu'il devra être fait en justice, s'il y a, parmi eux, des mineurs ou des interdits; et ses effets, de même que les actions en rescision auxquelles il serait soumis, et le point de départ de la durée de ces actions seront aussi réglés par le droit commun.

Mais voici deux questions qui, même dans ce cas, peuvent s'élever; à savoir :

1° En droit civil, l'article 1078 sera-t-il applicable? et si l'un des enfants a été omis, n'aura-t-il, contre ses frères et sœurs donataires, qu'une action en réduction pour obtenir sa réserve? ou pourra-t-il, au contraire, demander la nullité de la donation faite par l'ascendant?

2° En droit fiscal, l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 sera-t-il applicable? et devra-t-on accorder à cette donation la réduction du droit proportionnel de mutation, que la loi a établie en faveur des partages d'ascendant? (Ajout. la loi du 18 mai 1850, art. 10.)

Pour soutenir la négative, et qu'il n'y a là qu'une donation simple, qui doit être régie, de tous points, par le droit commun des donations, on peut invoquer le texte même de la loi et son motif :

1° En effet, ce que les articles 1075 et suivants réglementent, c'est la disposition par laquelle les ascendants font, entre leurs enfants, *la distribution et le partage de leurs biens.*

Et la loi du 16 juin 1824 se réfère elle-même expressément *aux donations portant partage, conformément aux articles* 1075 *et suivants du Code civil.*

Or, il est impossible de voir *une distribution et un partage* dans une donation, qui a pour objet une masse restée indivise, et qui est, au contraire, tout l'opposé d'un partage, puisqu'elle établit l'indivision!

2° Il s'ensuit aussi que le motif de la loi n'est pas alors plus applicable que son texte; car le législateur, en autorisant les partages d'ascendants, y a vu surtout le moyen de prévenir les difficultés auxquelles le partage de leur succession pourrait donner lieu; or, une donation sans partage ne peut prévenir aucune difficulté, puisqu'elle met exactement les choses dans l'état d'indivision où elles seraient, si l'ascendant était mort sans avoir rien fait (Genty, p. 107-110).

Cette doctrine paraît assurément fort sérieuse; aussi avait-elle d'abord prévalu dans la jurisprudence et devant

l'Administration de l'Enregistrement. (Comp. Rennes, 20 mars 1826, contrôl. de l'enregistr., n° 1509; Instruct. génér. des 18 déc. 1824 et 31 mars 1826; décision ministérielle du 14 sept. 1829.)

Mais son succès n'a pas duré; et c'est, suivant nous, avec raison que la doctrine contraire a fini par l'emporter :

1° Le législateur nouveau a eu certainement en vue, dans le Code Napoléon et dans la loi du 16 juin 1824, la même espèce de disposition, qui était pratiquée dans notre ancienne jurisprudence, c'est-à-dire cette disposition par laquelle les ascendants eux-mêmes, de leur vivant, se démettent de leurs biens en faveur de leurs enfants.

Or, précisément, la démission de biens était, autrefois, de deux espèces; ou, comme disent les auteurs du nouveau Denizart, il y avait deux espèces de démissions de biens : par l'une, *le démettant fait l'abandon de ses biens, sans les distribuer;* et l'autre a lieu, *quand le démettant règle les parts* (v° *Démission de biens.*)

Il est vrai que, à s'attacher à la lettre de l'article 1075 et de la loi du 16 juin 1824, on pourrait croire que les textes nouveaux ne s'appliquent qu'à la donation, qui contient le règlement des parts. Mais, en pénétrant bien la pensée, qui a inspiré ces textes, d'après les traditions antérieures, on est autorisé à répondre qu'il sont simplement énonciatifs du cas le plus ordinaire, et que, même à la rigueur, ils n'impliquent pas absolument la nécessité d'une division matérielle :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que ni l'article 3 de la loi du 16 juin 1824, ni les articles 1075 et 1076 n'imposent aux ascendants l'obligation d'effectuer la division matérielle de tous les biens, qu'ils abandonnent à leurs descendants (cité *infra*). »

2° Il ne s'agit pas, en effet, seulement de prévenir les difficultés que le partage des successions paternelles

pourrait faire naître entre les enfants. Ce que le législateur a voulu, plus généralement, favoriser et encourager, c'est la démission même, et, pour ainsi dire, l'ouverture anticipée de succession par laquelle les biens passent des mains débiles de l'ascendant, désormais incapables de les gouverner, aux mains vigoureuses de ses enfants, qui vont de suite en tirer un parti plus profitable à la société!

Or, la démission, envisagée à ce point de vue, est indépendante de la division matérielle des biens.

Il en faut donc conclure :

D'une part, que l'article 1078 sera applicable; car la volonté de l'ascendant a été de faire, non pas des donations isolées et individuelles, mais une donation collective et unique, qui doit dès lors comprendre tous ses enfants;

Et, d'autre part, qu'il en sera de même de l'article 3 de la loi du 16 juin 1824; car, ce que cette loi a voulu, c'est assimiler à la transmission par succession les donations de cette espèce faites par les ascendants; or, dans la transmission par succession, le partage n'est d'aucune considération pour la perception du droit; donc, il ne doit être non plus d'aucune considération dans les transmissions entre-vifs, dès qu'elles dessaisissent l'ascendant comme par une sorte d'ouverture anticipée de sa succession. (Comp., *infra*, n° 202; Cass., 28 avril 1829, l'*Administr. de l'Enregistr.*, Sirey, 1829, I, 186; Cass., 29 mars 1831, Montpinson, Dev., 1831, I, 310; Cass., 26 avril 1836, l'*Administr. de* l'*Enregistr.*, Dev., 1836, I, 499; Cass., 11 avril 1838, *l'Administr. de l'enregistr.*, Dev., 1838, I, 422; Paris, 23 juin 1849, Horiot, Dev., 1849, II, 554; Dijon, 20 nov. 1865, Traband, Dev., 1866, II, 222; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 218; Championnière, Rigaud et Pont, *Traité des Droits d'Enregistr.*, t. III, n°s 259 et suiv.; et t. VI, n° 553; Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1863, p. 585 et suiv.)

55. — N'en faut-il pas conclure aussi que le même caractère appartient à la donation par laquelle un ascendant se démet en faveur de son unique enfant?

D'où il suivrait :

1° Que l'article 1078 y serait applicable; et que, s'il survenait un second enfant, son droit serait de demander, non pas seulement sa réserve par voie de réduction, mais la nullité du partage;

2° Qu'il y aurait lieu à la réduction du droit proportionnel de mutation établie par l'article 3 de la loi du 16 juin 1824.

Cette double déduction semblerait, en effet, résulter aussi de notre prémisse.

Elle n'a pas été admise, pourtant; et la vérité est qu'il pourrait être souvent, dans ce cas singulier, bien plus difficile de discerner la donation simple d'avec la démission de biens proprement dite.

Mais on ne saurait nier que cette solution ne paraît pas en harmonie parfaite avec la théorie, que nous venons de présenter. (Comp. Cass., 13 août 1838, Louvet, Dev., 1838, I, 715; Cass., 20 janv. 1840, l'*Administr. de l'Enregistr.*, Dev., 1840, I, 185.)

56. — L'ascendant pourrait-il, en abondonnant ses biens, par indivis, à ses enfants, exiger que l'indivision, que cette transmission va établir entre eux, dure pendant cinq ans, sans que le partage puisse être provoqué avant l'expiration de ce délai?

La Cour de Paris a décidé l'affirmative, et que la donation ainsi faite n'en était pas moins régie par l'article 1078 du Code Napoléon, et par l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 (23 juin 1849, Horiot, Dev., 1849, II, 554).

Et, en effet, dès qu'il est admis que la division matérielle des biens n'est pas une condition nécessaire du partage d'ascendant, rien ne paraît s'opposer à cette clause, que des circonstances particulières pourraient rendre très-

judicieuse et très-utile (arg. de l'article 815; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 496 et suiv.).

57. — Si la donation, par laquelle l'ascendant abandonne, par indivis, tous ses biens à ses enfants, peut néanmoins être considérée comme un partage, *a fortiori* doit-il en être de même de la donation par laquelle, après avoir fait entre eux le partage d'une partie, plus ou moins considérable, de ses biens, il leur transmet l'autre partie par indivis.

C'est ainsi qu'il est libre, ayant, par exemple, quatre enfants, de faire à deux d'entre eux des parts distinctes de chacun un quart, et de laisser les deux autres dans l'indivision pour les deux autres quarts, qui leur reviennent.

Il se peut, encore, que l'ascendant soit lui-même copropriétaire de certains biens, par indivis, avec des tiers; et on ne saurait le priver, pour cela, de la faculté de faire un partage entre ses enfants; d'autant plus que, peut-être, il ne serait pas lui-même en mesure de sortir d'abord de l'indivision, dans laquelle il se trouve (comp. Championnière, Rigaud et Pont, *Traité des Droits d'Enregistr.*, t. III, n°s 2591 et suiv., et t. VI, n°s 558-559).

58. — Est-il besoin d'ajouter que l'ascendant peut encore, à plus forte raison, après avoir partagé ses biens en autant de lots qu'il a d'enfants, n'en pas faire lui-même actuellement l'attribution à chacun d'eux et déclarer, au contraire, que ces lots seront tirés au sort seulement après son décès?

Cette clause échappe même à l'objection qui soutient qu'il faut que la donation faite par l'ascendant contienne le partage de ses biens, pour que les articles 1075 et suivants y soient applicables; car elle contient réellement ce partage!

Aussi, n'avons-nous pas à en démontrer la légalité, qui est évidente; et si nous la mentionnons, c'est pour signaler l'utilité pratique qu'elle pourrait présenter dans

le cas où la nature des différents biens et la position respective des enfants n'exigeraient pas qu'il fût fait des lots d'attribution.

N'est-elle pas alors, en effet, pour l'ascendant, s'il se réserve, comme il arrive souvent, l'usufruit des biens partagés, un moyen précieux de prévenir les jalousies entre ses enfants, si disposés presque toujours, lorsque les attributions ont été faites de son vivant, et que chacun est déjà propriétaire de son lot, à croire que l'ascendant, dans sa jouissance et par la manière dont il entretient ou améliore les différents lots, veut favoriser les uns au préjudice des autres? (Comp. Genty, p. 167.)

59. — Le partage d'ascendant est, d'ailleurs, susceptible de recevoir toutes les modalités, sous lesquelles les donations entre-vifs ou les testaments peuvent, en général, être faits (art. 1076).

Ces modalités y sont même fort en usage, lorsqu'il a lieu entre-vifs.

C'est ainsi qu'il peut être fait purement et simplement, ou à terme, ou sous une condition, soit suspensive, soit résolutoire, telle que le droit de retour, en cas de prédécès des donataires (comp. *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1864, p. 409).

De même que l'ascendant peut s'y réserver l'usufruit, en tout ou en partie, des biens partagés (art. 949), ou stipuler une rente viagère ou une pension à son profit ou au profit d'un tiers, etc. (comp. Amiens, 10 nov. 1853, Digeon, Dev., 1853, II, 690; Rennes, 25 août 1862, Thébert-Jamin, Dev., 1863, II, 153; Coin-Delisle, *Revue crit. de Législat.*, 1854, t. V, p. 117 et suiv.; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 4519-4520).

60. — Duranton a exprimé l'avis que, « si l'ascendant avait partagé tout ou presque tout son patrimoine, on pourrait, par interprétation de sa volonté, ainsi que de celle de ses enfants eux-mêmes, voir, dans

cette circonstance, une réserve tacite de la jouissance des biens donnés, fondée sur la présomption naturelle qu'il n'a point entendu s'en remettre à la discrétion de ses enfants pour ses besoins, au risque d'être obligé de recourir à une demande en aliments; et que l'ensemble de l'acte pourrait encore appuyer cette interprétation. » (Tome IX, n° 627; ajout. Ancelot sur Grenier, t. III, n° 395, note *a*.)

La proposition du savant auteur nous paraît, toutefois, trop absolue.

La circonstance que le partage fait entre-vifs, par l'ascendant, comprend tout ou presque tout son patrimoine, sera certainement toujours un élément très-sérieux d'interprétation pour établir que ce partage ne s'applique qu'à la nue propriété, et que l'ascendant s'en est réservé l'usufruit; mais cette seule circonstance ne saurait suffire, si, d'ailleurs, la donation comprenait tous les biens purement et simplement, et sans réserve, pour que l'on fût autorisé à la transformer, pour ainsi dire d'office, en une simple donation de nue propriété! (Comp. Genty, p. 167.)

60 *bis*. — Nous venons de dire que le partage d'ascendant peut être soumis à un terme (*supra*, n° 59); et cela est, en effet, incontestable.

C'est ainsi que l'ascendant peut déclarer que la délivrance des objets compris dans le partage entre-vifs n'aura lieu qu'à compter d'une certaine époque, soit à l'époque de la majorité des enfants ou de leur mariage, soit même seulement à l'époque de son décès, comme il arrive lorsqu'il s'en est réservé l'usufruit.

Toutefois, des difficultés se sont élevées sur ce point, en matière fiscale; on a mis en question s'il fallait appliquer le bénéfice de la réduction des droits admise par la loi du 16 juin 1824, à une donation entre-vifs par laquelle l'ascendant, en déclarant partager ses biens entre ses enfants, se constitue débiteur, envers eux ou envers

quelques-uns d'entre eux, des sommes, qui ne seront payables qu'après sa mort?

Et plusieurs arrêts ont décidé que cet acte par lequel les enfants n'étaient pas saisis des biens eux-mêmes, ne constituait pas un partage de présuccession, dans les termes des articles 1075 et suivants (comp. Cass., 5 avril 1852, l'*Adm. de l'Enregistr.*, Dev., 1852, I, 360; Cass., 10 déc. 1855, Nougarède de Faget, Dev., 1856, I, 351; Tribun. civ. de la Seine, 28 nov. 1862, Bouju, Garnier, *Dictionn. de l'Enregistr.*, n° 9538; et *Rec. périod.*, 1865, t. XII, p. 494, art. 2113).

Mais cette doctrine n'est pas, suivant nous, conforme aux principes; et nous croyons en avoir d'avance fourni la preuve, lorsque nous avons entrepris de démontrer qu'il faut considérer comme valable la donation entre-vifs, qui a pour objet des sommes payables à l'époque du décès du donateur (comp. le T. III de ce *Traité*, nos 388 et suiv.); car l'objection que l'on élève ici contre la validité du partage d'ascendant, n'est autre, en réalité, que celle qui a été élevée, d'une manière plus générale, contre toute donation entre-vifs ainsi faite.

Il faut ajouter que cette combinaison par suite de laquelle l'ascendant place, dans le lot de ses enfants ou de quelques-uns d'entr'eux, des sommes, qui seront exigibles seulement soit après un délai déterminé, de trois ans par exemple, ou de six ans, soit même à sa volonté ou après sa mort, que cette combinaison, disons-nous, peut offrir de précieux avantages; car elle permet à l'ascendant, tout en faisant le partage de ses biens et en réglant de suite les droits héréditaires futurs de ses enfants, de satisfaire aussi à des convenances très-légitimes, ou de prendre les précautions que la prudence peut conseiller; serait-il, en effet, toujours prudent de remettre des capitaux à un fils encore dans l'âge des passions et de l'inexpérience? et si l'ascendant a une fille non mariée ou veuve, pour laquelle la possession et la gestion d'un capital serait un grand

embarras, n'est-il pas souhaitable qu'il puisse le gérer pour elle?

Nous le croyons ainsi, et que le droit n'y met pas d'obstacle.

Que l'on excepte, dans l'intérêt de l'Administration de l'Enregistrement, les cas de simulation et de fraude, nous y adhérons.

Mais ce qui nous paraît excessif, c'est la doctrine, qui prétendrait, d'une manière absolue, considérer comme une simple donation entre-vifs tout partage d'ascendant qui aurait pour objet des sommes payables soit à terme, soit même à la volonté de l'ascendant ou à l'époque de son décès (comp. E. Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1863, p. 173, 405 et 720).

61. — C'est une clause très-usitée, dans les partages d'ascendant, surtout dans ceux qui ont lieu par testament, que celle par laquelle il est déclaré que, si l'un des enfants attaque le partage, il sera privé de sa part dans la quotité disponible, qui est, pour ce cas, attribuée, par préciput, à ceux des enfants qui le respecteront.

Cette clause est-elle valable?

L'affirmative paraît bien certaine, et elle est, en général, reconnue, lorsque le partage fait par l'ascendant est lui-même valable.

Par quel motif, en effet, prétendrait-on soustraire à l'application de la condition ou de la clause pénale, celui des enfants qui aurait succombé dans la demande en nullité ou en rescision, qu'il avait injustement formée contre le partage? (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Peine testamentaire;* Genty, p. 179.)

62. — Mais la question est, au contraire, fort controversée, dans le cas où le partage d'ascendant est entaché d'une cause quelconque de nullité ou de rescision.

Cette question, d'ailleurs, n'a rien précisément de spécial à notre sujet; et elle n'est qu'un cas particulier de la thèse générale que nous avons déjà examinée, sur l'ar-

ticle 900, à savoir : si le disposant peut imposer à son héritier la condition de ne pas attaquer la disposition qu'il a faite, en ajoutant que, dans le cas où son héritier y contreviendrait, il entend le priver, en tout ou en partie, des biens dont il peut disposer (comp. le tome I de ce *Traité*, nos 278 et suiv.).

Nous croyons pourtant devoir nous y arrêter encore, à raison de l'importance qu'elle présente dans les partages d'ascendant, où on la rencontre, en effet, très-souvent.

D'après une doctrine, que l'on a soutenue avec beaucoup de force, il faut déclarer nulle, dans tous les cas, la condition ou clause pénale, par laquelle l'ascendant a déclaré priver de sa quotité disponible celui de ses enfants qui attaquera le partage, lorsque le partage était, en effet, attaquable; et l'enfant, qui a réussi à le faire annuler, ne doit jamais encourir la clause pénale :

1° Telle est, dit-on, la conséquence :

Soit de l'article 900, qui déclare non écrites les conditions contraires aux lois;

Soit de l'article 1227, d'après lequel la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

C'est, en effet, une condition contraire à la loi que celle par laquelle l'ascendant entreprend de contraindre ses enfants à se soumettre à un partage, qui n'est pas conforme aux prescriptions, que la loi elle-même lui commandait d'observer, sous peine de nullité. L'obligation principale qu'il leur impose de s'y soumettre, est donc nulle comme constituant une infraction à la loi et *un excès de pouvoir;* et elle doit, par conséquent, entraîner la nullité de la clause accessoire, sous la menace de laquelle l'ascendant a prétendu les y contraindre.

2° On ajoute que ces clauses pénales sont pleines de dangers; qu'elles exposent les familles à des spoliations, qui seraient souvent dues aux suggestions les plus perfides; qu'elles étouffent, par la menace de la peine, les plaintes les plus légitimes; et que tout ascendant, qui

aurait la conscience d'avoir injustement favorisé l'un de ses descendants, au détriment des autres, ne manquerait pas de recourir à une clause pénale, pour donner, autant qu'il serait en lui, effet à sa disposition; ce qui, au lieu d'assurer la paix et la tranquillité de sa famille, aurait infailliblement pour résultat d'irriter encore davantage les descendants les uns contre les autres (Genty, p. 173, 183; comp. Merlin, *Répert.*, v° *Peine testam.*; Carette, *Observations*, Dev., 1864, I, 265; Caen, 12 mars 1866, Douesnel, *Rec. des arrêts des Cours impériales de Caen et de Rouen*, 1866, p. 155).

Mais cette doctrine est, à notre avis, trop absolue; et nous croyons devoir, au contraire, maintenir la distinction que nous avons déjà proposée.

S'agit-il d'une cause de nullité ou de rescision, qui concerne l'ordre public et l'intérêt général? la clause pénale sera nulle; et les enfants pourront, sans l'encourir, faire annuler le partage.

Mais si, au contraire, la cause de nullité ou de rescision ne concerne que leur intérêt privé, la clause pénale sera valable; et elle devra être appliquée à ceux des enfants, qui l'auront fait annuler:

1° L'argument que la doctrine contraire déduit des articles 900 et 1227, qui est très-exact dans la première hypothèse, nous paraît inexact dans la seconde.

L'article 900 ne concerne, en effet, que les conditions contraires à cet ordre de lois, auxquelles il n'est pas permis de déroger, parce qu'elles ont pour but un intérêt public (art. 6).

Et une réponse semblable s'applique à l'article 1227, qui suppose (ainsi que nous l'expliquerons plus tard), que l'obligation principale est entachée d'une nullité telle, qu'elle n'a pas d'existence valable aux yeux de la loi.

Donc, ni l'un ni l'autre texte ne peut être invoqué, lorsque le partage d'ascendant est seulement rescindable pour une cause qui ne concerne que l'intérêt particulier

des enfants; le partage, alors, existe légalement, tant qu'il n'est pas annulé; et les enfants étant libres, soit de le faire annuler, soit de le maintenir, rien ne s'oppose à ce qu'ils renoncent à une action en nullité qui n'intéresse qu'eux seuls.

2° Cette doctrine qui est vraie pour tous les cas, mérite même, à notre avis, d'être particulièrement approuvée dans son application aux partages d'ascendant. Les dangers, que l'on en redoute, nous paraissent témoigner d'une préoccupation excessive; et nous ne saurions en être très-ému, puisque les enfants ont toujours le choix du parti qui leur conviendra le mieux; nous y voyons, au contraire, ce précieux avantage, qu'elle est un moyen de plus de faire respecter le partage, qui émane de l'ascendant et par conséquent, de maintenir, entre les enfants, la bonne harmonie et la paix; or, tel est le vœu du législateur lui-même, ainsi que le prouve notamment l'article 1080.

Aussi, nos anciens jurisconsultes français n'avaient-ils, sur ce point, aucun doute :

« *Une telle clause, quoique pénale, a toujours été reconnue valable parmi nous*, disait Valin (sur l'article 42 de la Cout. de la Rochelle; comp. Brodeau sur Louët, lett. P, n° 24; Guy-Coquille, sur l'art. 17 du titre *des Successions*, de la Cout. de Nivernais).

63. — Et maintenant, dans quels cas la clause pénale, insérée dans un partage d'ascendant, devra-t-elle être considérée comme nulle, parce qu'elle tendrait à priver les enfants de l'exercice d'une action en nullité fondée sur un intérêt public?

Et dans quel cas, au contraire, devra-t-elle être considérée comme valable, parce que l'action en nullité, dont elle aurait pour but de leur enlever l'exercice, ne serait relative qu'à leur intérêt privé?

Cette question n'a plus rien de spécial à notre matière; et il appartient aux magistrats de la décider, suivant les différentes espèces.

Nous en avons d'ailleurs proposé déjà un certain nombre d'applications, auxquelles nous ne pouvons que nous référer. (Comp. le tome I de ce *Traité*, nos 278 à 285).

64. — Il en est une, toutefois, qu'il nous paraît utile de rappeler, parce qu'elle est particulièrement importante.

Nous voulons parler du cas où l'un des enfants prétendrait que le partage fait par l'ascendant entame sa réserve.

L'enfant, qui attaque le partage pour cette cause, doit-il encourir la clause pénale?

Nous avons aussi déjà proposé l'affirmative; et nous croyons toujours que cette doctrine est juridique :

1° Deux droits égaux et réciproques sont ici en présence :

D'une part, le droit, pour l'ascendant, de disposer de sa quotité disponible;

Et d'autre part, le droit, pour l'enfant, de réclamer sa réserve.

L'ascendant peut donc, en effet, disposer de sa quotité disponible, soit purement et simplement, soit sous telle condition que bon lui semble.

Et si l'enfant prétend que l'ascendant a dépassé sa limite, il peut agir en réduction (art. 920).

Voilà le droit qui lui appartient contre les dispositions excessives faites par son ascendant; et ce droit, certainement, ne peut pas lui être enlevé.

Mais c'est aussi le droit corrélatif de l'ascendant de disposer, comme il l'entend, de sa quotité disponible.

Or, l'ascendant a mis pour condition au partage qu'il a fait entre ses enfants, que si l'un d'eux l'attaquait pour quelque cause que ce fût, il léguait à ses autres enfants par préciput la quotité disponible;

Donc, chacun des enfants se trouve, par l'effet du partage, placé dans cette alternative : soit de l'exécuter tel qu'il a été fait par l'ascendant, soit de réclamer sa réserve et de s'en contenter.

C'est que, en effet, la disposition faite par l'ascendant est indivisible; et nous ne voyons pas qu'il y ait rien de contraire à l'ordre public dans cette libre option, qui est déférée à l'enfant entre deux partis, où il ne s'agit que de son intérêt privé (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 430 et suiv.).

Il faut que nous ajoutions, toutefois, que cette doctrine a été vivement contestée.

Et nous ne saurions mieux faire, pour exposer la doctrine dissidente, que de citer l'un de ses plus autorisés interprètes :

« Cette théorie de l'option (dit M. Carette), qui exposerait le réservataire mû par un sentiment de respect, très-louable d'ailleurs, pour la volonté de son auteur, à se voir priver d'une partie même de sa réserve, paraît inconciliable avec le soin qu'a pris le législateur de garantir au moins aux héritiers, qui s'y trouvent réduits, l'intégralité de leur part réservataire. Aussi, l'héritier, à qui une partie déterminée des biens du *de cujus* est attribuée par la loi, use-t-il d'un droit incontestable, en demandant que, avant toute option de sa part, il soit vérifié si les dispositions du testament ne portent point atteinte à sa réserve. Il pourra sans doute être puni de son hésitation; car, si l'évaluation des charges, dont il s'effraye, établit qu'elles lui laissent encore une part supérieure même à sa réserve, il ne lui sera plus permis de la proclamer ; et il aura encouru la peine testamentaire. Mais, par contre, s'il est démontré que les charges ou conditions imposées par le testateur excédaient sa faculté de disposer, elles devront être effacées du testament. On ne peut donc pas prétendre que l'héritier réservataire a fait son choix dans l'alternative qui lui était offerte, parce que, au lieu d'agir au hasard, il a voulu s'éclairer et n'agir qu'en connaissance de cause; il ne résulte nullement de là que la peine testamentaire doive lui être incontinent appliquée; et il sera temps, pour lui, de la subir, s'il vient à être dé-

montré que son auteur lui avait fait une part équivalente au moins à sa réserve. » (Dev., 1864, I, 265, 266.)

Plusieurs décisions judiciaires sembleraient, en effet, consacrer cette doctrine. (Comp. Cass., 9 déc. 1862, Echalié, *loc. supra cit.*; Bordeaux, 9 juin 1863, Saint-Guirons, Dev., 1863, II, 219; Caen, 15 juin 1863, Renard, Dev., 1864, II, 292; Cass., 14 mars 1866, Saint-Guirons, rejet par la chambre civile du pourvoi formé contre l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux du 9 janv. 1863, le *Droit* du 18 mars 1866; et Dev., 1866, I, 353.)

Mais nous sommes toujours arrêté par deux objections, qui sont, à notre avis, infiniment graves :

En fait d'abord, est-ce que ce ne sont pas précisément toutes ces procédures d'expertises et autres, que l'ascendant a voulu empêcher par l'établissement de la clause pénale, sous la garantie de laquelle il a placé le partage, qui doit, d'après son vœu, ne susciter après lui, entre ses enfants, aucunes contestations?

Et, en droit, n'est-il pas vrai, comme nous venons de le dire, que l'ascendant peut faire toujours telles dispositions que bon lui semble, dans les limites de la quotité disponible, et que l'enfant n'a que le droit de demander sa réserve par voie de réduction?

Telle est, en effet, la thèse générale, que nous avons entrepris déjà d'établir; et les développements que nous y avons consacrés, sont assez étendus pour que nous n'ayons point à les reprendre (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 471 et suiv.).

Notre honorable ami, M. Carette, critique, comme contraire à la doctrine qui lui paraît la plus juridique, un arrêt du 7 juin 1831, par lequel la Cour de Cassation n'a vu qu'une simple option, qui n'a rien d'illicite, dans la disposion par laquelle un père lègue à sa fille l'usufruit de la quotité disponible, sous la condition de ne point aliéner sa réserve (Dev., 1831, I, 77).

Notre avis est, au contraire, que cet arrêt a été bien rendu.

Est-ce que, en effet, l'enfant, en cas pareil, aurait eu le droit de demander, préalablement, l'estimation de la charge imposée à sa réserve comparativement à l'usufruit de la quotité disponible, pour savoir s'il avait bien sa réserve entière ?

Évidemment non, suivant nous ! (arg. de l'article 917.)

La disposition ainsi faite était donc à prendre ou à laisser.

Or, la même conclusion nous paraît être vraie dans tous les cas où l'enfant prétend que sa réserve a été entamée ; son droit alors, très-incontestable sans doute, mais son seul droit étant de réclamer, ni plus ni moins, sa réserve, s'il ne veut pas s'en tenir au partage, tel qu'il a été fait par son ascendant. (Comp. Caen, 31 janv. 1848, Lemaître, D., 1848, II, 154 ; Cologne, 23 avril 1852, Walter, D., 1852, II, 223 ; Cass., 30 mai 1866, Guerillon, Dev., 1867, I, 431 ; Cass., 27 nov. 1867, Béchain, Dev., 1868, I, 65.)

65. — La doctrine que nous venons de présenter, pourrait, toutefois, admettre un amendement.

Nous croyons, en effet, qu'il convient d'excepter le cas où la disposition faite par l'ascendant aurait pour but de dissimuler et d'amoindrir les éléments de la masse sur laquelle doit être calculée, après son décès, la réserve et la quotité disponible.

Il ne saurait appartenir aux ascendants d'attenter, par un tel moyen, à la réserve de leurs enfants ; et on est autorisé à considérer comme illicite la clause pénale, par laquelle ils entreprendraient de paralyser, dans leurs mains, l'action que la loi leur accorde contre une disposition, qui tend directement à les priver, en tout ou en partie, de la réserve, que la loi leur assure (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 282 ; Paris, 28 janv.

1853, Bruder, Dev., 1855, II, 425; Cass., 9 déc. 1862, Echalié, Dev., 1864, I, 265).

C. — *Ces biens, qui peuvent être compris dans le partage d'ascendant.*

SOMMAIRE.

66. — Le partage fait par donation entre-vifs ne peut avoir pour objet que les biens présents. — Explication.
67. — Le partage, qui comprendrait à la fois les biens présents et les biens à venir de l'ascendant, serait-il valable pour les biens présents?
68. — Le partage fait par testament peut comprendre les biens à venir.
69. — L'ascendant peut partager soit la totalité, soit une partie aliquote de ses biens, soit même seulement quelques-uns ou l'un de ses biens déterminément.
70. — Suite.
71. — Suite. — Ceux des biens, qui n'ont pas été compris par l'ascendant dans son partage, sont partagés conformément à la loi. — Explication.
72. — Suite.
73. — L'ascendant ne peut comprendre dans son partage que les biens dont il a la capacité de disposer à titre gratuit. — Exemple.
74. — A plus forte raison, l'ascendant ne peut-il comprendre dans son partage que les biens qui lui appartiennent.
75. — Suite. — L'ascendant, qui a donné entre-vifs un bien à l'un de ses enfants, peut-il comprendre ensuite ce bien dans le partage, qu'il fait entre tous ses enfants?
76. — Suite.
77. — Suite.
77 *bis*. — Suite.
78. — L'ascendant, qui a donné d'abord à un tiers une portion de ses biens à venir par contrat de mariage, peut-il faire ensuite le partage de ses biens entre ses enfants?
78 *bis*. — Suite. — *Quid*, si l'ascendant a fait à l'un de ses enfants, par contrat de mariage, *une promesse d'égalité?*
79. — Du cas où l'ascendant, qui veut faire un partage entre ses enfants, se trouve co-propriétaire d'un bien, par indivis, avec un tiers.
80. — Du cas où les père et mère veulent réunir leurs biens en une seule masse, pour en faire, conjointement, un seul partage entre leurs enfants.
81. — Suite.
82. — Suite. — Les père et mère peuvent-ils comprendre les biens de leur communauté, dans le partage qu'ils font entre leurs enfants? — Exposition.
83. — *a*. — Du cas où la communauté existe encore entre les époux.
84. — Suite.

66. — La seconde partie de l'article 1076 dispose que :

« Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. »

C'est que la donation entre-vifs ne peut comprendre que les biens présents du donateur (art. 943.).

Et puisque, d'après la première partie de l'article 1076 le partage fait entre-vifs est soumis aux règles prescrites pour la donation, cette seconde partie n'en est que la conséquence; à ce point qu'il ne paraissait pas nécessaire de l'exprimer !

67. — Aussi, pour n'y pas voir une disposition inutile, a-t-on soutenu que la seconde partie de l'article 1076 n'était pas une application de la règle posée dans l'article 943, mais, au contraire, une dérogation à cette règle, et que, à la différence de la donation entre-vifs ordinaire, qui, lorsqu'elle comprend des biens présents et des biens à venir, est nulle seulement quant à ceux-ci, le législateur avait entendu décider, par l'article 1076 que le partage fait entre-vifs sera nul pour le tout, s'il comprend des biens à venir en même temps que des biens présents.

Que la nullité du partage, dans ce cas, soit totale, c'est aussi ce que nous croyons; car le partage forme un tout indivisible; et on n'en pourrait distraire les biens à venir, que le disposant y a compris, sans en détruire les proportions et en rompre, pour ainsi dire l'équilibre.

Il est donc vrai que, sous ce rapport, le partage fait entre-vifs diffère de la donation entre-vifs ordinaire.

Mais est-ce là ce que les rédacteurs de l'article 1076 ont eu l'intention d'exprimer dans ce second alinéa ?

Il nous paraît permis d'en douter (comp. Genty, p. 132, 133.)

68. — Quant au partage fait par testament, il peut comprendre les biens à venir comme les biens présents.

C'est ce qui résulte, *a contrario*, de l'article 1076, et de notre règle que le partage d'ascendant suit la nature du mode de disposition, par lequel il est fait ; or, le testament est un acte par lequel on peut disposer de ses biens à venir ; et il suffit que le testateur soit propriétaire, à l'époque de son décès, des biens par lui légués.

D'où il suit que l'ascendant peut comprendre, dans son partage testamentaire, les biens qu'il n'a pas encore, mais qu'il espère acquérir ; c'est ce que Davot et Bannelier appelaient faire *des lots d'espérance*! (Tome III, p. 161.)

69. — L'ascendant peut d'ailleurs partager entre-vifs ou par testament, soit la totalité, soit une partie aliquote de ses biens, soit même seulement quelques-uns ou l'un de ses biens déterminément.

Telle était la doctrine romaine.

Il est vrai que notre ancien droit français s'en était éloigné (comp. le tome V, nº 681).

Mais notre Code y est revenu.

La preuve en résulte d'abord de ce qu'aucun texte ne limite, à cet égard, la faculté, qui appartient, de droit commun, à toute personne de disposer de ses biens, comme bon lui semble, en tout ou en partie (art. 895, 1076).

Bien plus ! elle résulte d'un texte, qui consacre cette faculté, en ce qui concerne le partage d'ascendant.

L'article 1077 est, en effet, ainsi conçu :

« Si tous les biens, que l'ascendant laissera au jour de « son décès, n'ont pas été compris dans le partage, ceux

« de ces biens qui n'y auront pas été compris, seront « partagés conformément à la loi. »

Ce texte est général ; il ne distingue pas si les biens, qui n'ont pas été compris dans le partage, n'appartenaient pas encore à l'ascendant, et lui proviennent d'acquisitions postérieures, ou s'ils lui appartenaient déjà, lors du partage; si c'est à dessein ou par erreur, qu'il ne les y a pas compris; et il serait impossible d'y introduire aucune de ces distinctions.

C'est d'ailleurs, suivant nous, avec beaucoup de raison, que notre droit nouveau a autorisé l'ascendant à partager seulement, s'il le juge convenable, une partie de ses biens ou même seulement un objet individuel.

Il est, en effet, conforme au principe même de cette institution, que l'ascendant puisse faire ce que ses enfants pourraient faire après son décès; or, ses enfants pourraient faire seulement un partage partiel, en laissant dans l'indivision certains biens; et les circonstances peuvent souvent justifier ce mode de procéder (art. 887; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 494).

C'était, de la part de nos anciens coutumiers, une préoccupation extrême, de croire que le partage d'ascendant ne peut atteindre son but de conciliation et de bonne harmonie, qu'autant qu'il comprend tous les biens !

Ne se peut-il pas que les rivalités ne soient à craindre que dans le partage de certains biens, qui seront plus particulièrement convoités par tous les enfants, ou dont la division offrirait des difficultés spéciales ?

Et puis enfin, est-ce que les chances de procès ne sont pas toujours moindres, à mesure que la masse, qui reste à partager, est moins considérable ? (Comp. Genty, p. 130, 131 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 225 ; Troplong, t. IV, n° 2315.)

70. — De là il suit que l'ascendant peut faire successivement plusieurs partages de ses biens, par des actes

différents, soit entre-vifs, soit par testament, et à des époques différentes.

71. — *Ceux des biens, qui n'auront pas été compris* dans le partage, *seront*, dit l'article 1077, *partagés conformément à la loi.*

Ce qui signifie qu'il y aura lieu *à un supplément à l'acte de partage*, conformément à la règle posée par l'article 887, dont l'article 1077 n'est qu'une application, et que le nouveau partage ne doit pas comprendre les biens qui ont été partagés.

Autrement, ce serait la destruction du partage même de l'ascendant; et il ne serait pas vrai de dire qu'il avait le droit de faire un partage partiel.

Et si l'on objectait l'obligation du rapport, qui lie réciproquement les enfants les uns envers les autres (art. 843), il suffirait de répondre que l'obligation du rapport n'existe plus, lorsque le disposant en a dispensé ses donataires ou légataires.

Or, cette dispense résulte expressément du caractère même de ce partage, par lequel l'ascendant attribue à chacun de ses enfants, tel ou tel bien, pour lui tenir lieu de sa part héréditaire et de son lot après sa mort! (Comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 248; Troplong, t. IV, n° 2316; Colmet de Santerre, t. IV, n° 215 *bis*, I.)

72. — Mais il ne faut pas confondre le rapport proprement dit avec la simple imputation, que l'on a aussi, plus ou moins exactement, appelée *le rapport fictif*.

Nous avons déjà entrepris de démontrer, au contraire, que les biens compris dans le partage d'ascendant doivent être, conformément à l'article 922, réunis à la masse, lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la portion disponible et de la réserve (Comp. le tome II de ce *Traité*, n°s 319-323).

73. — Est-il nécessaire de dire que l'ascendant ne peut comprendre, dans son partage, que les biens, dont il a la capacité de disposer à titre gratuit!

Cela est, en effet, d'évidence ! (art. 1076.)

Il s'ensuit, notamment, que la femme, mariée sous le régime dotal, ne peut comprendre dans un partage entre-vifs ses immeubles dotaux, ni même ses meubles, si on considère aussi les meubles dotaux comme inaliénables; qu'elle ne peut, disons-nous, les y comprendre, si ce n'est seulement dans le cas d'exception où elle pourrait en disposer, par une donation entre-vifs ordinaire au profit de ses enfants (art. 1554, 1556).

Et, par conséquent, il faudrait, pour que le partage des biens dotaux fût valable, que tous les enfants, entre lesquels ils seraient partagés, se trouvassent dans le cas, de l'exception; il ne suffirait pas, si la femme dotale avait, par exemple, deux enfants, que l'un d'eux s'établît par mariage ou autrement, si l'autre ne s'établissait pas, pour qu'elle pût faire, entre eux, le partage de ses biens dotaux (Comp. Caen, 25 janv. 1823, et 18 nov. 1828, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen*, t. I, p. 170, et t. II, p. 503; Rouen, 28 fév. 1844, Marc, t. XII, p. 162; Rouen, 17 juin 1852, Bertin, *Nouveau Recueil*, 1854, t. XVIII, p. 65; Agen 10 juill. 1850, Doazan, Dev., 1850, II, 338; Agen, 16 févr. 1857, Sempé, Dev., 1857, II, 193; Rouen, 14 mars 1864, Boillet, Dev., 1864, II, 393; Genty, p. 135).

Mais rien ne s'oppose à ce que la femme dotale fasse, par testament, le partage de ses biens dotaux, comme de ses autres biens (arg. de l'article 1554).

74. — Si l'ascendant ne peut comprendre dans son partage que ceux de ses biens, dont il a la capacité de disposer, à plus forte raison ne peut-il comprendre que les biens qui lui appartiennent; car nul n'a le droit de disposer, de la chose d'autrui.

Cette règle est aussi d'évidence dans sa généralité.

Mais elle peut soulever, dans quelques-unes de ses applications, des difficultés qu'il n'est pas hors de propos de résoudre.

75. — Il est clair, par exemple, que l'ascendant, qui a donné entre-vifs un bien à l'un de ses enfants, a cessé d'en être propriétaire.

Faut-il en conclure qu'il ne peut pas comprendre, ensuite, ce bien dans le partage, qu'il fait entre tous ses enfants?

La réponse est dans un principe de notre matière, qui va nous fournir la mesure et la limite de son pouvoir.

Ce principe, c'est que l'ascendant peut faire entre ses enfants le partage de tous les biens dont ses enfants eux-mêmes auraient à faire le partage après sa mort; tel est certainement le droit que la loi lui confère (art. 1075);

Or, après sa mort, ses enfants auraient à partager les biens même donnés à l'un d'eux, si la donation avait été faite sans dispense de rapport, et si l'enfant donataire acceptait la succession (art. 829, 830, 843).

Et, par conséquent, pour résoudre notre question, il faut faire une distinction:

L'ascendant ne peut pas comprendre, dans son partage, les biens par lui donnés à l'un de ses enfants avec dispense de rapport ou par préciput.

Mais il peut y comprendre les biens donnés sans dispense de rapport, c'est-à-dire, sous la condition virtuelle que le donataire, s'il accepte sa succession, les y rapportera.

76. — Et, d'abord, que les biens donnés à l'un des enfants par préciput, ne puissent pas être compris dans le partage, cela est tout simple! l'ascendant ne saurait, en effet, anéantir le droit incommutable qu'il a, par une telle donation, transmis à son enfant.

Aussi, croyons-nous que l'enfant pourrait retenir ces biens en vertu de son titre de donataire, sans être obligé, pour cela, de former une demande en nullité du partage; car ces biens-là lui appartiennent, comme les biens qui lui proviendraient d'une autre origine; et l'ascendant n'a

pas eu le pouvoir d'en disposer. Notre honorable confrère, M. Tendret, a eu l'obligeance, dont nous le remercions, de nous communiquer un jugement du tribunal civil de Bellay, du 9 mars 1866, qui semble avoir admis une doctrine contraire; mais si telle était, en effet, la doctrine du jugement, elle ne nous paraîtrait pas exacte.

L'enfant avantagé pourrait sans doute ne pas réclamer contre le partage, dans lequel l'ascendant aurait compris le bien, qu'il lui avait donné par préciput; car il est libre de renoncer à son droit; sa condition serait alors réglée par sa propre volonté; et encore, faut-il remarquer que cette renonciation ne saurait préjudicier aux tiers, qui auraient acquis, de son chef, des droits sur le bien donné.

Mais ce qui est certain, c'est que l'ascendant lui-même n'a pas le pouvoir de disposer de ce bien. (Comp. Cass., 12 avril 1831, Lary-Latour, Dev., 1832, I, 839; Nîmes, 8 nov. 1864, Azégat, Dev., 1865, II, 74.)

C'est par le même motif qu'il ne pourrait pas, après avoir fait, à titre de donation, une *promesse d'égalité* à l'un de ses enfants, y porter atteinte par un partage de ses biens. (Comp. *infra*, n° 78 *bis;* Limoges, 29 févr. 1832, Jeannot, Dev., 1832, II, 134; Duvergier sur Toullier, t. III, n° 810, note *a;* Troplong, t. IV; n°s 2313, 2314.)

77. — Mais au contraire, rien ne s'oppose à ce que l'ascendant comprenne, dans son partage, les biens par lui donnés entre-vifs à ses enfants sans dispense de rapport, et même avec dispense de rapport, en tant, pour ce dernier cas, que la donation excède la quotité disponible (comp. art. 866), sauf le droit de l'enfant donataire de soutenir qu'il n'y a pas lieu à réduction, ou du moins à une réduction aussi forte que celle qui aurait été faite par l'ascendant.

Le partage est-il fait entre-vifs? pas de difficulté, puisqu'il doit être accepté par l'enfant donataire, et que cet enfant, par son acceptation, consent lui-même à ce que le

bien qui lui a été donné, y soit compris (*supra*, n° 76). Remarquons, toutefois encore, que, dans ce cas pas plus que dans le cas précédent, le rapport anticipé qui a lieu, du vivant de l'ascendant, parce que le donataire lui-même le veut bien, ne saurait préjudicier aux tiers, et que, par exemple, l'article 865 ne leur serait pas applicable, si l'immeuble donné était attribué à un autre enfant que le donataire; ce qui sera, d'ailleurs, en fait, infiniment rare.

Mais si, au contraire, le partage laissait aux mains de l'enfant donataire le bien même qui lui a été donné, ses créanciers et autres ayants cause n'auraient évidemment aucun sujet de se plaindre; et ils devraient se soumettre aux conditions du partage (comp. Rennes, 25 août 1862, Thébert-Jamin, Dev., 1863, II, 153; et un article de notre regrettable collègue, M. de Cacqueray, dans la *Revue pratique de Droit français*, 1863, t. XV, p. 5 et suiv.).

Dans le cas où le partage est fait par testament, il faut appliquer, de tous points, les règles ordinaires du rapport; car ce n'est pas le partage de l'ascendant qui en fait naître l'obligation; il ne fait qu'en régler les conséquences entre les enfants.

Et pourtant, c'est sur ce dernier cas, c'est-à-dire, lorsque le partage est fait par testament, que l'on a contesté à l'ascendant le pouvoir d'y comprendre les biens par lui donnés à ses enfants sans clause de préciput!

La donation, quoique faite à titre d'avancement d'hoirie, est irrévocable, a-t-on dit; et l'ascendant ne peut plus disposer du bien, qu'il a donné!

Eh! sans doute; la donation, même à titre d'avancement d'hoirie, est irrévocable; et l'on peut regretter que la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 juillet 1840, ait répondu à cette objection, en disant qu'elle est *révocable!* (Comp. le tome II de ce traité, n° 57.)

C'est *rapportable,* qu'il fallait dire; ce qui ne l'empêche nullement d'être *irrévocable!*

En conséquence, de deux choses l'une :

Ou l'enfant donataire accepte la succession ; et alors, la donation, qui lui a été faite, se trouvant résolue par l'accomplissement de la condition du rapport, à laquelle elle était soumise, le bien donné est réputé avoir été, comme tous les autres biens héréditaires, à la disposition de l'ascendant, qui a pu le comprendre dans son partage; et il faut bien, en vérité, qu'il l'ait pu ; car, autrement, il lui serait impossible de faire, entre ses enfants, un partage total et complet, comme c'est son droit de le faire.

Ou l'enfant donataire renonce ; et, alors, son droit demeure pur et simple ; sa donation est maintenue ; ce qui prouve que l'ascendant n'a nullement attenté à son irrévocabilité, en comprenant, dans le partage, le bien qui en fait l'objet.

Mais cela prouve aussi que l'ascendant agira sagement, en plaçant le bien donné dans le lot du donataire lui-même ; puisque, indépendamment des autres considérations, qui recommandent presque toujours ce mode de procéder, il y va du sort même du partage, qui pourrait tomber, en effet, si l'ascendant avait placé l'objet donné dans le lot d'un autre que l'enfant donataire, dans le cas où celui-ci renonçant à la succession, se trouverait dispensé de le rapporter (art. 845 ; comp. Cass., 9 juill. 1840, Mendes, Dev., 1840, I, 805 ; Nîmes, 20 déc. 1854, Dumas, Dev., 1854, II, 689 : Colmar, 3 avril 1865, Valet ; et Paris, 1er mai 1865, Roth, Dev., 1866, II, p. 183 et 184 ; Genty, p. 135-137 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 225 ; Troplong, t. IV, n° 2313 ; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 395, note *a;* D., *Rec. alph.*, t. V, n° 4552).

77 *bis.* — Nous venons de dire que l'ascendant peut comprendre, dans son partage entre-vifs, les biens mêmes qu'il a précédemment donnés à ses enfants sans dispense de rapport, ou, en d'autres termes, que la condi-

tion d'un rapport anticipé peut être imposée par l'ascendant et acceptée par les enfants.

Tel est le droit.

Et maintenant, en fait, dans quels cas cette condition aura-t-elle été imposée par le donateur, et acceptée par les donataires ?

Ce n'est plus là qu'une question d'interprétation; et, généralement, cette question n'offrira pas beaucoup de difficulté; car, presque toujours, ces sortes de clauses seront expresses.

Il se pourrait, toutefois, qu'elle ne fussent que tacites; et nous en trouvons un exemple intéressant dans un arrêt de la Cour de Nancy, dont nous avons dû la communication à l'obligeance de notre honorable confrère, Me Motais, du barreau de Paris, qui a bien voulu nous faire profiter de la consultation qu'il a donnée dans cette affaire (27 juill. 1865, Ory, *Gazette des Tribunaux* du 8 sept. 1865).

Un père veuf fait, par donation entre-vifs, l'abandon de tous ses biens, par indivis, à ses trois enfants, sous la charge, par eux, de payer toutes ses dettes et de lui servir une rente viagère.

Et lorsque, ensuite, les enfants se disposent à faire le partage, la question s'élève de savoir si celui d'entre eux qui a reçu du père commun une donation entre-vifs sans dispense de rapport, est tenu de la rapporter immédiatement à la masse, pour qu'elle soit comprise dans le partage des biens, que le père vient d'abandonner.

Le tribunal de Nancy avait jugé que le rapport ne pourrait en être demandé qu'après le décès du père.

Mais son jugement a été réformé; et notre avis est que l'interprétatfon, qui a prévalu devant la Cour de Nancy, peut être, en effet, justifiée par les circonstances de l'espèce.

Ce n'est pas que nous admettions entièrement la doctrine de son arrêt; et, notamment, il nous serait impos-

sible d'adhérer à cette proposition que « *tous les principes, qui s'appliquent aux successions déjà ouvertes, s'appliquent également aux partages de présuccession....;* proposition qui nous paraît inexacte, durant la vie de l'ascendant, puisque ce n'est, comme nous l'établirons bientôt, qu'après sa mort, que la donation qu'il a faite, revêt le caractère d'un partage de succession (*infra*, n° 220).

Mais ce qui nous porte à penser que, dans l'espèce, le rapport anticipé a pu être exigé, c'est que la donation faite par l'ascendant, comprenait *tous ses biens;* — qu'elle imposait à ses enfants l'obligation de payer *toutes ses dettes;* — et qu'elle les chargeait, en outre, du service d'une rente viagère à son profit.

Autant de circonstances qui paraissaient témoigner, en effet, de la commune intention des parties de faire le règlement complet de leurs droits respectifs, et d'établir, entre eux, dès actuellement, l'égalité.

78. — Lorsqu'une donation entre-vifs de biens présents a été faite par l'ascendant à un tiers, c'est-à-dire à un autre qu'à l'un de ses enfants, il est clair que l'objet donné est désormais absolument en dehors de sa faculté de disposition.

Mais supposons que c'est une donation de biens à venir, qui a été faite par l'ascendant.

Voilà un mari, par exemple, qui a donné, par contrat de mariage, à sa femme, le quart des biens, qu'il laissera au jour de son décès.

Peut-il faire, ensuite, le partage de ses biens entre ses enfants?

La difficulté vient précisément de ce qu'il ne pourra le faire, entre ses enfants, qu'autant qu'il pourra y comprendre son conjoint, qui est donataire d'une part indivise dans sa succession (arg. de l'article 1078).

Eh bien! donc, peut-il l'y comprendre?

Non! a-t-on répondu:

Aux termes de l'article 1083, la donation de biens à

venir est irrévocable; et le donateur ne peut, par aucune disposition postérieure, si ce n'est dans le seul cas d'exception que cet article même autorise, porter atteinte au droit du donataire, qui doit demeurer intact tel qu'il lui a été acquis, dès le jour de la donation;

Or, le droit, qui lui a été acquis, c'est : 1° d'obtenir lui-même, au moyen d'un partage ordinaire, après la mort du donateur, la part qui doit lui revenir dans sa succession indivise; 2° d'obtenir toute cette part, sans que le donateur puisse, directement ni indirectement, la diminuer par une disposition à titre gratuit;

Donc, le donateur ne peut plus faire le partage de ses biens; car il en résulterait cette double violation du droit du donataire : 1° qu'il se trouverait converti en un apportionnement déterminé sur des objets certains, qui lui seraient attribués d'office; 2° qu'il pourrait être diminué indirectement, par la volonté du donateur, sans réclamation possible de la part du donataire, s'il n'était pas lésé de plus du quart. Le donataire étranger serait, en effet, très-fondé à craindre que, dans un tel partage, ses intérêts ne fussent sacrifiés à ceux des enfants. (Comp., Cass., 28 juill. 1828, Riberolles, Sirey, 1828, I, 281; Limoges, 29 févr. 1832, Jeannot, D., *Rec. alph. h. v.*, n° 4456; Besançon, 11 juin 1844, Monot, D. 1845, IV, 156; Cass., 26 avril 1847, Wermelinger, Dev., 1847, I, 610; Genty p. 133, 134.)

Ces motifs ne manquent pas de gravité; mais on ne saurait certainement se montrer satisfait d'une conclusion, qui rend tout à fait impossible le partage d'ascendant, de la part de celui qui aura fait une donation de biens à venir; et l'on sait pourtant combien ces donations sont fréquentes.

Aussi la doctrine contraire a-t-elle prévalu :

« Considérant, dit la Cour de Caen, qu'il est constant que Letulle père, même après avoir avantagé par préciput son fils aîné de la quotité disponible (par son contrat de

mariage), n'en conservait pas moins la faculté de s'établir arbitre entre tous ses enfants et de leur faire le partage de sa succession, conformément aux articles 1075 et 1076 du Code civil.... » (21 mars 1838, Letulle, Dev. 1838, II, 409.)

Et la Cour de Cassation dit de même :

« Attendu, en droit, que si la promesse d'égalité faite par le père, dans une institution contractuelle, en faveur de ses enfants, l'empêche ensuite de gratifier les uns au préjudice des autres, elle ne lui ôte cependant pas le droit entièrement distinct de faire ultérieurement entre eux un partage d'ascendant, *pourvu que légalité promise y soit scrupuleusement observée....* » (26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1847, I, 120.)

Ces derniers mots sont notables!

C'est-à-dire que la Cour, tout en admettant que le donateur peut apportionner le donataire de biens à venir, dans le partage qu'il fait entre ses enfants, n'admet pas néanmoins qu'il puisse en résulter pour lui une lésion *même de moins du quart!*

Telle est aussi la restriction, qui se trouve dans l'arrêt précité de la Cour de Caen :

« Considérant que les articles 913 et 919 du Code civil placent sur la même ligne, quant à l'étendue et à l'irrévocabilité de la donation, l'enfant donataire de la quotité disponible, lorsqu'elle est donnée par préciput et hors part, et l'étranger donataire de cette même quotité; *d'où suit que le quart de la succession paternelle a été irrévocablement acquis* EN ENTIER *à Letulle, fils aîné, par les dispositions de son contrat de mariage, et* QUE LES LOTS DU 19 SEPTEMBRE 1826 NE POUVAIENT Y PORTER AUCUNE ATTEINTE..... »

Cette doctrine est aussi enseignée par plusieurs jurisconsultes, qui ajoutent, toutefois, que le donataire de biens à venir ne serait pas fondé à demander la nullité du partage, dans lequel l'ascendant ne lui aurait pas attribué tout entière la part qui devait lui revenir, et qu'il

aurait droit seulement à une indemnité en réparation du préjudice, que le partage lui aurait causé; pourvu encore que ce préjudice fût de quelqu'importance : *de minimis enim non curat Prætor*. (Comp. Duranton, t. IX, n° 655; Troplong, t. IV, n°s 2314 et 2381; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 238; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n°s 4455, 4457).

Nous ne voudrions pas anticiper sur ce que nous aurons à dire de l'action en rescision pour cause de lésion, à laquelle le partage d'ascendant peut donner lieu.

Mais il nous est impossible, pourtant, de ne pas signaler, dès maintenant, la conséquence étrange que présente, sous ce point de vue, la doctrine que nous venons d'exposer.

Ainsi, un homme a quatre enfants; il a donné à l'un d'eux, par préciput, la quotité disponible, par son contrat de mariage; et ensuite, il fait, entre eux, le partage de ses biens.

L'un des enfants doit y figurer à un double titre; et il a droit à deux parts : à l'une, comme donataire; c'est le quart formant la quotité disponible; à l'autre, comme héritier; c'est le quart formant sa réserve.

Eh bien! il aura, comme donataire, un droit plus fort que comme héritier réservataire!

Et cet enfant, qui ne pourra pas réclamer, en qualité d'héritier, contre le partage fait par son père, s'il n'est pas lésé de plus du quart, lors même qu'il n'aurait pas sa réserve entière; (*infra*, n° 177.)

Cet enfant, dis-je, pourra réclamer, en qualité de donataire, s'il n'a pas tout entière la quotité disponible, lors même qu'il ne serait pas lésé de plus du quart!

Il faut convenir en effet, que ce résultat est étrange!

Nous croyons qu'il eût été, à la fois, logique et raisonnable d'assimiler, dans le partage d'ascendant, le donataire de biens à venir aux enfants, et de le considérer comme un enfant de plus :

1° En effet, le droit qui résulte de la donation de biens

à venir, n'est, en réalité, autre chose qu'une sorte de réserve conventionnelle, à l'instar de la réserve légale; et c'est de là même que vient à ce donataire son nom d'*héritier contractuel.*

Il semble donc qu'il ne saurait être fondé à se plaindre, dès qu'on lui fait la même condition qu'aux enfants du donateur !

Son droit, il ne le tient que de la volonté bienfaisante du donateur ; et pour en apprécier le caractère, c'est cette volonté, en effet, qu'il faut consulter; or, est-il naturel de présumer que le donateur, en disposant d'une partie de ses biens à venir, ait entendu accorder au donataire un droit plus fort que le droit même de réserve de ses enfants? cette présomption ne serait-elle pas surtout invraisemblable dans le cas d'une donation de biens à venir faite par l'un des époux à l'autre, de cette donation, qui a souvent pour objet *une part d'enfant?*

2° Et puis, est-ce bien laisser à l'ascendant le droit de faire le partage entre ses enfants, que de le lui laisser sous la condition que le donataire de biens à venir y aura, rigoureusement, toute la part, qui doit lui revenir ! n'est-ce pas, au contraire, pour nous servir des termes mêmes de l'arrêt de la Cour de Cassation du 26 mars 1845, *lui enlever d'une part, ce qu'on lui accorde de l'autre.*

M. Ancelot remarque, sur notre question même, que *la lésion, qui n'est guère de plus du quart, est considérée comme nulle.* (Sur Grenier, t. III, n° 393, note *a.*)

Et cela est incontestable. (Comp. notre *Traité des Successions*, T. V, n° 414.)

Quoi qu'il en soit, nous aimerions mieux encore cette seconde doctrine que la première, d'après laquelle l'ascendant qui a fait une donation de biens à venir, ne pourrait plus du tout faire le partage de ses biens entre ses enfants !

78 *bis.* — Ce que nous venons de dire de la donation de biens à venir, s'applique, ainsi qu'on a pu le voir par

ce qui précède, à la *promesse d'égalité*, que l'ascendant aurait faite à l'un de ses enfants ou à tous ses enfants dans leur contrat de mariage, et qui n'est elle-même, en effet, qu'une donation de biens à venir (comp. Cass., 26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1847, I, 121; Troplong, t. IV, n° 2381 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 238).

Nous voudrions donc aussi interpréter cette promesse en ce sens, non pas que l'ascendant ne peut pas faire le partage de ses biens entre ses enfants, mais seulement qu'il ne peut plus avantager l'un d'eux par préciput (comp. *supra*, n° 76; Cass., 15 mars 1827, Deconche, D., *Rec. alph. h. v.*, n° 4457.)

79. — Dans le cas où l'ascendant serait co-propriétaire d'un bien par indivis avec un tiers, il faudrait soit en faire préalablement le partage, soit faire intervenir le tiers dans le partage entre les enfants; à moins que l'ascendant se bornât à partager entre ses enfants sa partie indivise; ce qui les placerait eux-mêmes dans l'état d'indivision avec son co-propriétaire (comp. Genty, p. 134).

L'ascendant ne pourrait-il pas même transmettre à ses enfants sa partie indivise, sans en faire lui-même, entre eux, la division matérielle?

C'est un point, que nous avons déjà examiné (*supra*, n° 57).

80. — Il arrive souvent que les père et mère réunissent leurs biens en une seule masse, pour en faire, conjointement, un seul partage entre leurs enfants; et de là vient cette dénomination de *partage conjonctif*, sous lequel on désigne, dans la pratique, cette disposition, qui forme, en effet, non pas deux partages distincts, mais le partage unique de deux masses de biens confondues.

Ce mode de procéder peut certainement offrir de grands avantages; il permet d'éviter les morcellements, et de

faire, avec beaucoup plus de liberté, à chacun des enfants, le lot, qui est le mieux à sa convenance.

Mais, pourtant, si précieux qu'il puisse paraître, il n'est pas, à beaucoup près, toujours possible!

Nous avons vu déjà qu'il ne l'est pas dans un partage testamentaire; l'article 968 y apporte un empêchement, qui résulte de la *forme* de l'acte, puisque les père et mère ne peuvent pas faire un partage dans le même testament (*supra*, n° 18).

81. — Cet empêchement de forme n'existe pas pour le partage entre-vifs, puisque les père et mère peuvent, au contraire, faire leur partage dans le même acte de donation entre-vifs (comp. le tome III, n° 33).

Et rien ne s'oppose, en effet, à ce qu'ils fassent ainsi, entre leurs enfants, un seul et même partage de leurs biens réunis en une seule masse.

Rien, disons-nous, ne s'y oppose; lorsque les père et mère sont mariés sous le régime de la séparation de biens ou de l'exclusion de communauté; ou lorsque, étant mariés sous le régime de la communauté, ils ne font entrer, dans le partage, que les biens propres de chacun d'eux.

82. — Mais peuvent-ils y comprendre aussi les biens de leur communauté?

Cette thèse est intéressante, au double point de vue de la théorie et de la pratique; elle s'est présentée souvent; et on comprend, en effet, que les père et mère qui veulent réunir leurs biens, pour en faire le partage entre leurs enfants, soient naturellement portés à y comprendre les biens de leur communauté, qui forme déjà, entre eux, une masse commune indivise; à plus forte raison, doivent-ils en avoir le désir, lorsqu'ils n'ont pas de biens personnels, et que tout leur avoir consiste dans les biens de leur communauté!

Nous allons donc essayer de la traiter complétement; et pour cela, nous distinguerons deux hypothèses :

a. Celle où la communauté existe encore;

b. Celle où la communauté est dissoute.

83. — *a*. La communauté existe encore.

Les père et mère peuvent-ils, soit conjointement par donation entre-vifs, soit séparément, chacun pour sa moitié, par donation entre-vifs ou par testament, en faire le partage entre leurs enfants?

Et d'abord, peuvent-ils, conjointement, partager, par donation entre-vifs, les biens de leur communauté?

Non! a-t-on répondu :

1° Parce que le partage, qui est une donation entre-vifs, ne peut comprendre que les biens, qui appartiennent actuellement à chacun des ascendants (art. 943); or, les biens de la communauté, tant qu'elle dure, n'appartiennent pas à la femme, qui n'y a qu'une simple espérance;

2° Parce que la femme ne peut pas non plus, tant que dure la communauté, l'accepter, ni la répudier (art. 1453); or, un tel partage impliquerait, de sa part, une acceptation;

3° Enfin, parce que la loi elle-même a déterminé souverainement les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, de façon que le concours de la femme ne saurait les augmenter; or, le mari ne pourrait pas seul partager toute la communauté, même entre les enfants communs (art. 1422); et il ne le peut pas dès lors davantage avec le concours de la femme (comp. Bourges, 10 août 1840, Fradet, Dev., 1841, II, 358; Caen, 3 mars 1843, Varin, Dev., 1844, II, 385; Consultation de M. G. Delisle, *h. l.;* Odier, *Traité du contrat de mariage*, t. I, n° 225; Pont et Rodière, *cod.*, t. I, n° 662; Marcadé, art. 1482, n° 2).

Nous avons déjà entrepris de combattre cette doctrine (comp. *Revue crit. de Jurisprudence*, t. I, p. 142 et suiv.); et notre avis est, toujours, que le mari et la femme peuvent faire conjointement entre leurs enfants, par donation

entre-vifs, le partage de tous les biens, meubles ou immeubles, de leur communauté.

Ce n'est pas ici le lieu de développer les règles qui gouvernent les conventions matrimoniales, et que nous aurons à exposer, plus tard, dans le titre que notre Code y a consacré.

Il nous suffira donc de répondre brièvement aux trois arguments, qui sont invoqués par la doctrine que nous combattons, et qui sont, à notre avis, impuissants pour la justifier :

1° En effet, aux termes de l'article 1399, la communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage (ajout. art. 1441); et, par conséquent, la femme a, dès ce jour, un droit de co-propriété dans les biens qui la composent; donc, il n'est pas exact de dire qu'en les partageant, elle dispose de biens qui ne lui appartiennent pas; il est vrai que la communauté, dans ses rapports avec les tiers, est représentée par le mari seul; mais, dans les rapports du mari et de la femme, elle forme, pendant la durée même du mariage, une propriété collective, à laquelle chacun d'eux a un droit égal; c'est pour avoir méconnu ces deux ordres différents de relations, que Toullier a enseigné que la femme n'a, tant que dure la communauté, aucun droit dans les biens qui la composent; détournant ainsi de sa signification primitive la célèbre maxime du Dumoulin : *Mulier non est proprie socia, sed speratur fore.* (T. XII, n°s 75 et suiv.);

2° Ils s'ensuit que, si les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté ont été définis et limités, c'est seulement dans l'intérêt de la femme, pour la plus grande garantie de son droit de communauté; et dès lors, rien n'empêche que la femme, par son concours dans les actes passés par le mari, l'affranchisse de ces restrictions, qui n'ont été établies que dans son intérêt. Eh! pourquoi donc n'aurait-elle pas ce droit, puisque, à la différence des biens dotaux sous le régime dotal, les biens de la communauté

sont aliénables, et que la femme est personnellement capable de les aliéner, comme ses biens propres, avec l'autorisation de son mari!

3° On se récrie qu'elle ne peut pas accepter ou répudier la communauté, avant sa dissolution.

Il est vrai; mais en quoi le concours de la femme à un partage anticipé des biens de la communauté implique-t-il qu'elle perde le droit d'opter plus tard, entre l'acceptation et la répudiation? en aucune manière! car, le partage de la communauté entre les enfants n'exige pas un partage préalable de cette communauté entre les époux eux-mêmes; et par conséquent, il ne porte aucune atteinte à l'option que la femme sera toujours libre d'exercer, à l'époque où la communauté viendra à se dissoudre (comp. Paris, 23 juin 1849, Horiot, Dev., 1849, II, 554; Cass., 5 févr. 1850, Watrin, Dev., 1850, I, 337, et le rapport de M. le conseiller Glandaz, *h. l.;* Caen, 18 févr. 1850, Adam, Dev., 1850, II, 508; Delvincourt, t. III, p. 260; Duranton, t. XIV, n° 272; Taulier, t. V, p. 88; Demante, t. IV, n° 244; Troplong, *du Contrat de mariage,* t. II, n° 903 et suiv.; Genty, p. 154 et 162).

84. — Et, à cette époque, de deux choses l'une :

Si la femme accepte la communauté, l'espèce de condition résolutoire, sous laquelle la propriété des biens de la communauté lui appartenait, ne s'étant pas accomplie, elle n'a pas cessé d'en être propriétaire; et le partage fait par elle, d'accord avec son mari, se consolide définitivement, comme son propre droit.

Et si la femme renonce à la communauté, son droit sur les biens qui la composent, étant résolu, le partage qu'elle a fait, tombe du même coup, en ce qui la concerne (art. 1492).

Mais alors que devient ce partage, en ce qui concerne le mari?

En thèse générale, nous croyons qu'il devrait être déclaré valable pour le tout, c'est-à-dire que la moitié de la

communauté partagée du chef de la femme, accroîtrait à la moitié partagée du chef du mari, et appartiendrait aux enfants dans les mêmes proportions. Tel est, en effet, généralement, le but du concours de la femme dans les actes d'aliénation des biens de la communauté consentis par le mari, qu'elle se propose de valider cet acte, à tout événement, dans l'intérêt des tiers; et il est logique de présumer que le mari entend leur transférer tous ses droits soit actuels, soit éventuels dans ces biens; de même que les tiers entendent aussi les acquérir (arg. de l'art. 1431).

Mais cette solution pourtant n'a rien d'absolu; et comme elle procède de l'intention commune des parties, il se pourrait que l'on reconnût, en fait, que la validité du partage de la communauté a été subordonnée à la condition de l'acceptation ultérieure de la femme; la circonstance que les père et mère avaient, l'un et l'autre, ou tous les deux, des enfants de différents mariages, entre lesquels ils auraient fait le partage de leur communauté, pourrait être particulièrement décisive en ce sens (comp. Genty, p. 163-164).

85. — Mais est-ce donc que les époux peuvent partager les biens de leur communauté, non-seulement entre les enfants, qu'ils ont eus de leur commun mariage, mais encore entre les enfants, qu'ils auraient eus, l'un ou l'autre, ou tous les deux, de mariages précédents?

Sans doute! pourquoi ne le pourraient-ils pas?

Seulement, bien entendu, il faudra répartir les biens, suivant les droits héréditaires des enfants.

En d'autres termes, les enfants communs devront être apportionnés, à la fois, du chef du père et du chef de la mère;

Tandis que les autres seront apportionnés : soit seulement du chef du père, soit du chef de la mère seulement.

Ce qui fait dire à M. Genty (p. 153), et fort justement, qu'il faudra procéder comme dans ce cas où la suc-

cession ordinaire se divise en deux lignes (arg. de l'art. 733).

86. — Supposons maintenant que l'un ou l'autre des époux, le mari ou la femme, veuille faire, séparément, le partage entre ses enfants, des biens de la communauté, soit parce que l'autre refuse d'y concourir, soit parce que, même étant d'accord, ils veulent, au lieu de le faire entre-vifs, le faire, l'un ou l'autre ou tous les deux, par testament, reculant, (cela est facile à comprendre), devant le dépouillement immédiat, qui est la conséquence nécessaire de la donation entre-vifs.

Le peuvent-ils?

Certainement non ! suivant nous, et pour le mari, et pour la femme, en ce sens que ni l'un ni l'autre ne peut, ni par donation entre-vifs, ni par testament, disposer de sa moitié dans les biens de la communauté indivise et encore subsistante.

Nous venons de dire, en effet, que l'ascendant ne peut partager que les biens dont il a la propriété exclusive et la libre disposition;

Or, ni le mari, ni la femme n'a, tant que dure la communauté, la propriété exclusive et la libre disposition, à titre gratuit, des biens qui la composent; et il leur serait impossible, à l'un et à l'autre, de former des lots, puisque chacun d'eux ignore quels sont ceux des biens qui lui appartiendront;

Donc, ni l'un ni l'autre ne peut comprendre les biens de la communauté dans son partage.

On peut ajouter, en ce qui concerne la femme, que ce partage de sa moitié dans la communauté encore subsistante, impliquerait, de sa part, durant la communauté, une acceptation, qu'elle ne peut faire qu'après sa dissolution (art. 1453); aussi, la conclusion, qui précède, est-elle, en effet, absolue, en ce qui la concerne.

Quant au mari, au contraire, il peut arriver qu'un par-

tage fait par lui des biens de la communauté, soit valable dans deux cas, à savoir :

1° Lorsqu'il s'est renfermé dans les limites de la faculté, que l'article 1422 lui accorde de disposer à titre gratuit des biens de la communauté, soit, en partageant seulement des effets mobiliers, sans se réserver l'usufruit, soit en partageant même des immeubles, ou l'universalité des meubles, en tout ou en partie, pour l'établissement des enfants communs;

2° Lors même qu'il a dépassé ces limites, si la femme renonce à la communauté, après sa dissolution (art. 1453, 1492).

Mais, en dehors de ces deux cas, c'est-à-dire si le mari a outre-passé ses pouvoirs et si la femme accepte la communauté, le partage des biens communs est aussi impossible pour le mari que pour la femme.

87. — Cette conclusion peut paraître regrettable ; car il en résulte que les père et mère ne peuvent faire le partage de leur communauté entre leurs enfants que conjointement, par donation entre-vifs, c'est-à-dire en se dépouillant, dès actuellement, tous les deux ; mais elle nous paraît inévitable.

On a entrepris, pourtant, de s'y soustraire.

C'est, a-t-on dit, l'état d'indivision de la communauté qui fait obstacle à ce que chacun des époux fasse le partage de sa moitié entre ses enfants. Eh bien ! donc, qu'ils fassent d'abord, entre eux, le partage de la communauté elle-même; et cet obstacle disparaîtra !

Voilà, en effet, ce qui a été pratiqué ; tantôt, les deux époux ensemble ont déclaré, par une convention authentique, faire le partage provisoire de leur communauté, afin de pouvoir faire ensuite, chacun séparément, le partage de sa moitié entre les enfants ; tantôt même, c'est un seul des époux qui a fait, d'abord, dans son testament, le partage de la communauté entre son époux et lui, et qui a fait ensuite, entre ses enfants,

le partage de ceux des biens qu'il s'était attribués pour sa moitié.

Quelle est la valeur de ce procédé?

Plusieurs arrêts l'ont considéré comme juridique :

« Considérant, en droit, que, en conférant aux ascendants la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs descendants, la loi a entendu mettre à la disposition de ces ascendants tous les moyens propres à atteindre ce but; Qu'il ne serait rempli qu'imparfaitement, si une attribution provisionnelle des immeubles de leur communauté ne pouvait servir d'élément à la répartition projetée de leurs biens entre leurs héritiers; Que ce serait même priver du bénéfice de l'article 1075 les ascendants, dont la fortune ne consisterait qu'en immeubles conquêts de leur communauté; que telle n'a pas été la pensée du législateur.... » (Comp. Douai, 19 février 1828, Barbier, Sirey 1828, II, 195; Douai, 3 août 1846, Lefebvre, Dev. 1846, II, 512; Amiens, 9 déc. 1847, Dodé, Dev, 1849, I, 53; Bourges, 15 février 1860, Sainthérand, Dev. 1861, II, 70; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 395 note *a*).

Mais il faut, à notre avis, répondre que cette doctrine constitue, au contraire, une violation des textes précis, non moins que des principes essentiels, qui gouvernent la communauté de biens entre époux.

Nous pourrions remarquer, d'abord, que ce partage anticipé de la communauté, sur lequel l'un des époux voudrait édifier le partage de sa moitié entre ses enfants, n'en pourrait être qu'une base très-peu solide; car, à supposer même qu'il fût valable, comme partage provisoire, il est évident : d'un côté, que le mari n'en conserverait pas moins ses pouvoirs sur les biens partagés, et qu'il pourrait, en les aliénant, faire crouler, quand il voudrait, le partage; et d'un autre côté, que la femme, en renonçant à la communauté, lors de sa dissolution, pourrait aussi l'anéantir.

Mais ce n'est pas assez d'en signaler la fragilité; c'est

la nullité absolue que nous voulons en démontrer; et cela, lors même que le mari ne l'aurait pas révoqué, et que la femme aurait accepté la communauté, après sa dissolution :

1° En effet, il résulte des articles 1395, 1441, 1453 et 1467, que la communauté ne peut, sauf le cas de séparation de corps ou de biens, se dissoudre ni se partager, tant que dure le mariage; c'est-à-dire que les époux sont, nécessairement durant toute leur vie, dans un état d'indivision forcée.

Donc, c'est un obstacle invincible, que celui qui résulte de cette indivision, à ce que chacun d'eux fasse, entre ses enfants, le partage de la moitié des biens qui la composent!

Car, ce n'est que par sa mort que la communauté sera dissoute; et à ce moment, où s'opérera sa dissolution, le droit des héritiers de chacun d'eux sera un droit dans une communauté indivise, dont il pourra demander le partage, conformément à la loi.

2° On objecte que, pourtant, l'article 1423 permet au mari de disposer, par testament, d'un objet de la communauté.

Il est vrai! mais cet article même ajoute que le légataire peut ne réclamer cet objet en nature qu'autant que, par l'événement du partage, il tombe au lot des héritiers du mari.

D'où résulte, précisément, la preuve que cette attribution, par voie de partage, ne saurait être l'œuvre du mari lui-même.

3° Quant à l'article 1075, quelle que soit la généralité de ses termes, on ne saurait en induire qu'il autorise les père et mère à partager les biens même, dont ils n'ont pas la libre disposition. N'avons-nous pas vu aussi que la femme dotale ne peut pas faire entre-vifs le partage de ses biens dotaux (*supra*, n° 73); or, c'est par application du même principe, que les époux ne peuvent pas

faire séparément le partage des biens de leur communauté.

4° Mais enfin ce partage n'est que provisoire et provisionnel; il n'est fait qu'à la seule fin de parvenir à un partage d'ascendant.

Eh quoi! est-ce qu'un partage provisoire ou *provisionnel*, comme on dit, est possible, quand un partage définitif ne le serait pas, par suite d'un état d'indivision forcée!

Cette dernière objection repose donc sur une notion inexacte du partage provisionnel, lequel n'est qu'un partage de jouissance, qui implique la possibilité d'un partage de propriété (comp. Cass., 13 nov. 1849, Dupont, Dev., 1849, I, 53, Bordeaux, 8 août 1850, D., 1851, II, 143; Rouen, 20 fév. 1857, Lebrethon, Dev., 1857, II, 536; Cass., 22 déc. 1861, Saint-Hérand, Dev., 1862, I, 30; Orléans, 5 juin 1862, Saint-Hérand, Dev., 1863, II, 66; Caen, 15 juin 1863, Renard, Dev., 1864, II, 202; Genty, p. 156, 158; Pont, *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, p. 13 et suiv.)

88. — Mais l'époux survivant pourrait-il, après la mort de son époux, ratifier ce partage anticipé de la communauté, et valider ainsi le partage qui a été fait par lui, entre ses enfants, de la moitié qui formait son lot?

La négative résulte, à notre avis, encore des arguments même, par lesquels nous venons d'établir la nullité de ce partage.

La communauté ne peut être partagée que par le concours simultané des consentements de ceux, entre lesquels elle se trouve à l'état de masse partageable;

Or, jamais, (si ce n'est dans le cas exceptionnel de séparation de corps ou de biens), la communauté ne se trouve, entre les deux époux, à l'état de masse partageable.

De leur vivant à tous les deux, elle est impartageable;

Et, lorsqu'elle devient partageable par la mort de l'un d'eux, l'autre n'est plus là pour consentir au partage!

Le consentement, qu'il y avait donné durant la communauté, était nul ; et, dans tous les cas, ce consentement s'est éteint avec lui, de façon que vainement l'époux survivant déclarerait y consentir lui-même; le concours des volontés étant devenu impossible, le contrat ne peut plus se former.

Ce contrat n'est donc désormais possible qu'entre les héritiers de l'époux prédécédé et l'époux survivant ; c'est-à-dire un contrat de partage, tout nouveau, qui exige le consentement de toutes les parties intéressées, et aussi leur capacité; de sorte que, s'il y a, parmi elles, des incapables, le partage devrait être fait en justice (comp. les citations, *supra*, n° 87).

89. — *b.* Venons maintenant à notre seconde hypothèse (*supra*, n° 82).

La communauté est dissoute par le décès de l'un des époux; et elle est encore indivise.

L'époux survivant peut-il la partager tout entière entre ses enfants, en confondant, dans une seule masse, ses biens personnels et les biens de son conjoint prédécédé?

En principe, la négative est évidente (comp. Guy-Coquille, sur l'art. 17 du tit. *des Successions* de la Cout. de Nivernais).

Le partage est un mode de disposition; or, chacun ne peut disposer que des biens qui lui appartiennent; et il n'est pas douteux que la loi, qui autorise les ascendants à faire, entre leurs enfants, le partage *de leurs biens,* en les leur transmettant, ne leur confère pas le pouvoir de partager des biens, qu'ils ne transmettent pas à leurs enfants; pas plus les biens qui forment leur moitié dans la communauté dissoute et encore indivise, que les autres biens, dont les enfants auraient la propriété à un autre titre (comp. Caen, 15 juin 1863, Renard, Dev., 1864, II, 202).

On pourrait, sans doute, souhaiter quelquefois que l'ascendant eût le pouvoir de faire un seul partage de ses

biens propres et des biens de son conjoint prédécédé; et il est même arrivé que cette considération d'utilité pratique a prévalu dans des décisions judiciaires, qui ont rejeté la demande en nullité, que des enfants, appréciant mal, à ce qu'il paraissait, leurs véritables intérêts, avaient formée contre un tel partage (comp. Agen, 2 juin 1858, Régimbeau, Dev., 1858, II, 417; Cass., 7 août 1860, Payenneville, Dev., 1861, I, 977).

Mais ce sont là des décisions d'espèce et que nous ne voudrions pas offrir comme des précédents bons à suivre (comp. Cass., 22 nov. 1859, Jullier, Dev., 1860, 1, 775).

Aussi, concluons-nous, en rappelant le principe, que l'ascendant ne peut comprendre, dans son partage, que les biens qui lui appartiennent (comp. Besançon, 16 janv. 1846, Bidot, Dev., 1846, II, 268; Agen, 16 fév. 1857, Sempé, Dev., 1857, II, 193; Agen, 11 janv. 1865, Cantarel, D., 1865, II, 30; Genty, p. 158, 159).

90. — Ce principe, toutefois, n'est pas absolu; et il comporte deux modifications :

Nous avons déjà vu, en effet, d'une part, que le survivant des père et mère, qui fait, par testament, un seul et même partage de ses biens personnels et des biens de la succession de son conjoint prédécédé, peut y ajouter une clause pénale (comp. *supra*, n°s 62-63; et le tome I de ce *traité*, n° 279);

Et, d'autre part, il est évident que, lorsque le partage est fait par donation entre-vifs, rien ne s'oppose à ce que les enfants majeurs et capables consentent à y comprendre les biens qui leur proviennent de leur auteur prédécédé, en les confondant, en une seule masse, avec les biens de leur auteur survivant, qui en fait entre eux le partage.

Mais il faut alors, en effet, qu'ils soient tous majeurs et capables; autrement, les formes qui suffisent au partage d'ascendant fait entre-vifs, ne suffiraient pas; et il serait nécessaire de recourir aux formes requises, d'a-

près le Droit commun, pour les partages, dans lesquels des incapables sont intéressés (comp. Genty, p. 159-160).

90 *bis*. — On admettait autrefois, dans le ressort de plusieurs coutumes et notamment dans le duché de Bourgogne, que le prémourant des époux pouvait conférer au survivant le pouvoir de partager ses biens entre ses enfants.

« Ce n'est point là, disait Davot, une libéralité; ce n'est qu'un simple ministère, que le prémourant lui confie, et dont il ne lui revient rien, que d'être un peu autorisé dans sa famille et sur ses enfants; mais notre coutume n'est pas assez extraordinaire pour envier au survivant un avantage si naturel et si souhaitable pour le bon ordre et pour le succès de l'éducation des enfants » (t. III, p. 182; ajout. Melenet, t. I, p. 338).

Mais nous ne pensons pas, malgré ces motifs, que cette doctrine puisse être admise aujourd'hui :

C'est à chacun des ascendants personnellement, que la loi confie le pouvoir de partager, entre ses enfants, les biens qui lui appartiennent; c'est là, en effet, une prérogative personnelle, qui peut être considérée comme une dépendance de la puissance paternelle, et qui n'est pas susceptible de délégation.

Un ascendant ne pourrait pas sans doute la déléguer à un étranger! (Comp. le tome V de ce *Traité*, n[os] 87, 88.)

Or, un autre ascendant est lui-même, à vrai dire, un étranger, en tant qu'il s'agit de biens, qui ne viennent pas de lui.

§ II.

Des effets du partage d'ascendant.

SOMMAIRE.

91. — Division.

91. — Les effets du partage d'ascendant sont très-différents, suivant qu'il a été fait par testament ou par donation entre-vifs (*supra*, n° 6).

Et il est nécessaire de les examiner séparément dans chacune de ces hypothèses.

A. — *Des effets du partage d'ascendant, lorsqu'il a été fait par testament.*

SOMMAIRE.

92. — Lorsque le partage est fait par l'ascendant pour n'avoir d'effet qu'après sa mort, il constitue un acte de dernière volonté, qui est soumis aux règles des testaments. — D'où la conséquence qu'il est toujours révocable, tant que l'ascendant existe.
93. — La révocation peut en être faite, soit expressément, soit tacitement, suivant les articles 1035, 1036 et 1037.
94. — Mais faut-il appliquer aussi l'article 1038? et le partage testamentaire doit-il être considéré comme révoqué par l'aliénation que l'ascendant aurait faite de l'un ou de quelques-uns des biens, qu'il y avait compris?
95. — Suite. — Quel doit être, relativement au partage testamentaire, l'effet des changements, qui seraient survenus, dans l'état et la valeur des biens, dont les différents lots sont formés, dans l'intervalle de la confection du testament à la mort de l'ascendant?
96. — Suite.
97. — Quels sont les effets du partage testamentaire, après la mort de l'ascendant? — Les enfants co-partagés sont-ils toujours des *héritiers légitimes*, ou ne faut-il voir en eux, désormais, que des *légataires?*
98. — Suite.
99. — 1° L'un ou plusieurs des enfants ne pourraient pas répudier, comme légataires, le lot testamentaire, qui leur a été fait par l'ascendant, et accepter, comme héritiers, la succession ab intestat.
100. — Suite.
101. — Suite. — *Quid*, si l'un des enfants, au moment où il acceptait la succession, ignorait le partage testamentaire fait par l'ascendant?
102. — 2° En sens inverse, les enfants pourraient-ils répudier la succession, comme héritiers, et accepter, comme légataires, le lot, qui leur a été fait par le partage testamentaire de l'ascendant?
103. — 3° Les enfants co-partagés peuvent d'ailleurs accepter la succession, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire.
104. — 4° Chacun des enfants a la saisine légale des biens compris dans son lot, sans qu'il y ait, de part ni d'autre, aucune demande en délivrance à former.
105. — 5° La capacité, que les enfants doivent avoir pour recueillir les lots du partage testamentaire, est celle que la loi exige dans la personne des héritiers, et non point celle qu'elle exige dans la personne des légataires.
106. — Du cas où l'un des enfants serait décédé avant l'ascendant, sans laisser lui-même d'enfants.
107. — Suite.

92. — Lorsque le partage est fait par l'ascendant pour n'avoir d'effet qu'après sa mort, il constitue un acte de dernière volonté, soumis, comme nous l'avons vu, aux règles prescrites pour les testaments (art. 1076).

Ce n'est pas que ces règles doivent y prédominer, quand le partage s'exécute après la mort de l'ascendant; nous allons même voir qu'il en est tout autrement (*infra*, n° 97).

Mais il est manifeste qu'elles sont, au contraire, exclusivement applicables, tant qu'il existe! (art. 895).

En conséquence, l'ascendant peut toujours révoquer, en tout ou en partie, le partage qu'il a fait, le retoucher, le modifier; faculté précieuse, qui lui permet non-seulement de le mettre à l'abri des causes de nullité, que des changements survenus, depuis la confection de son testament, dans sa famille ou dans sa fortune, auraient pu y introduire, mais d'y rétablir, eu égard à ces changements même, l'égale et intelligente distribution de ses biens.

93. — La révocation d'ailleurs doit être faite, suivant le droit commun :

Soit expressément, d'après l'article 1035;

Soit tacitement, d'après les articles 1036 et 1037.

94. — Mais faut-il appliquer aussi l'article 1038?

En d'autres termes, le partage testamentaire doit-il être considéré comme révoqué par l'aliénation, que l'ascendant aurait faite de l'un ou de quelques-uns des biens, qu'il y avait compris?

Nous ne le pensons pas.

1° En effet, du texte même de l'article 1038 il résulte qu'il ne s'applique qu'à la disposition isolée d'une certaine chose (comp. le tome V, n° 234).

Or, tout autre est le partage d'ascendant, qui embrasse collectivement, un ensemble de choses réparties en plusieurs lots correspondants les uns aux autres.

2° La révocation, qui résulte de l'aliénation de la chose léguée, est d'ailleurs limitée à la chose même ou à la partie de la chose, qui a été aliénée.

Et on ne pourrait pas l'appliquer au partage d'ascendant, sans outrepasser cette limite, puisque la révocation porterait alors même sur des choses, qui n'auraient pas été aliénées.

3° Enfin, on ne méconnaîtrait pas moins l'intention de l'ascendant, si on prétendait induire toujours et nécessairement, de toute aliénation, qu'il aurait faite de l'un

de ses biens depuis la confection de son partage, qu'il a voulu le révoquer; de toute aliénation, disons-nous, quelle qu'elle fût, lors même qu'elle ne constituerait qu'un simple acte d'administration ! (Comp. Bordeaux, 8 août 1838, Lacroix, D., *Rec. alph.*, h. v., n° 4590; Bordeaux, 30 juill. 1853, Cousin, D., 1855, II, 120; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 230; Genty, p. 189-191 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, VII).

95. — Mais si l'aliénation faite par l'ascendant de l'un ou de plusieurs des objets compris dans son partage testamentaire, n'en emporte pas nécessairement la révocation, n'aura-t-elle pas du moins un autre effet?

Et ne pourra-t-elle pas même, quelquefois, en entraîner la nullité ?

Ceci nous amène à une question plus générale, à savoir : quel doit être, relativement au partage testamentaire, l'effet des changements, qui seraient survenus dans l'état et la valeur des biens dont les différents lots sont formés, dans l'intervalle de la confection du testament à la mort de l'ascendant?

Ces changements peuvent provenir : soit du fait de l'ascendant, qui demeure, bien entendu, toujours libre d'améliorer ou de détériorer ses propriétés, de bâtir ou de planter sur l'une, de démolir ou d'abattre sur l'autre; soit du fait d'un tiers; soit de cas fortuit et de causes extrinsèques.

Eh bien! donc, quel en sera le résultat, si, lors du décès de l'ascendant, la valeur des biens compris dans les différents lots, n'est plus la même que lors de la confection du testament; et par suite, si les proportions sur lesquelles l'ascendant avait basé son partage se trouvent renversées ?

D'abord, il est évident que, s'il résulte de ces changements une cause de rescision du partage, tel qu'il s'offre aux enfants, lors du décès de l'ascendant, c'est-à-dire à cette époque où il commence seulement à exister pour

eux, c'est, en effet, une action en rescision, qui pourra être exercée ; comme, par exemple, si l'un des enfants se trouvait lésé de plus du quart.

96. — Mais supposons que les changements, qui ont eu lieu dans la valeur des biens, n'aient pas produit une cause de nullité ou de rescision.

Seulement, les proportions, que l'ascendant avait établies, lors de la confection de son testament, entre les différents lots, n'existent plus.

L'un des enfants, par exemple, sans être lésé de plus du quart, se trouve néanmoins avoir un lot plus faible, ou plus fort que celui des autres.

Y a-t-il lieu à l'action en garantie, et à des indemnités?

M. Genty a proposé une distinction :

Les changements, qui ont augmenté ou diminué l'un des lots, proviennent-ils du fait de l'ascendant? sa réponse est affirmative.

Mais elle est, au contraire, négative, si les changements proviennent de causes accidentelles et extrinsèques.

Dans le premier cas, le savant auteur enseigne qu'il faut considérer l'état des biens à l'époque de la confection du testament ; c'est ainsi qu'il décide que, non-seulement les acquisitions nouvelles, que l'ascendant aurait faites, fussent-elles contiguës à un bien compris dans l'un des lots, ne devront pas être comprises dans ce lot, mais qu'il en sera de même, nonobstant l'article 1019, des constructions nouvelles, que l'ascendant aurait édifiées sur un immeuble ou d'un enclos dont il aurait augmenté l'enceinte ;

Tandis que, dans le second cas, il enseigne qu'il ne faut considérer l'état et la valeur des biens, qu'à l'époque du décès de l'ascendant, conformément à l'article 1018 (comp. Genty, p. 192-196).

Nous ne nous rendons pas bien compte de cette distinction ; et il nous semble même que, à supposer qu'il y eût lieu d'en faire une, c'est dans un sens tout contraire

qu'elle devrait être faite. Si, en effet, on admet que les changements fortuits, qui augmentent ou diminuent la valeur des différents lots (sans d'ailleurs introduire une cause de rescision dans le partage), sont aux risques des enfants, auxquels ces lots sont attribués, si, disons-nous, on admet que ces changements, qui ne sont pas l'œuvre de l'ascendant et qu'il a même pu ignorer, ne donnent lieu à aucune action en garantie ou en indemnité entre les enfants, comment admettre que des actions en garantie ou en indemnité puissent naître de ces changements, lorsqu'ils sont l'œuvre de l'ascendant lui-même, qui avait le droit de modifier les proportions de son partage et qui a pu, en effet, vouloir les modifier par les changements même qu'il a faits!

Aussi, croyons-nous que la même solution doit être appliquée aux uns et aux autres, et qu'il ne faut, dans tous les cas, s'attacher qu'à une seule époque : soit à celle de la confection du partage, soit à celle du décès de l'ascendant.

Mais à laquelle?

Il paraîtrait conforme aux textes et aux principes de ne considérer la valeur des biens qu'à l'époque du décès de l'ascendant; car ce n'est que pour cette époque, qu'il a fait son partage; et ce n'est qu'à cette époque, en effet, que ce partage se réalise (art. 718, 895); ce qui amènerait l'application toute naturelle à notre matière des articles 1018 et 1019; et cette doctrine aurait, en outre, l'avantage de prévenir, entre les enfants, toutes les réclamations rétrospectives et tous les comptes, que le partage d'ascendant a précisément pour but d'empêcher.

Telle est, en effet, la doctrine, qui serait, à notre avis, la meilleure en thèse générale.

Mais nous ajoutons que cette doctrine n'est pas absolue, et qu'elle nous paraîtrait susceptible d'être modifiée par interprétation de la volonté de l'ascendant; les termes du testament, qui contient le partage; l'importance

plus ou moins grande des augmentations ou des diminutions qui seraient survenues dans les différents lots, depuis sa confection; les inégalités plus ou moins considérables qui en résulteraient; et toutes les autres circonstances seraient à prendre en considération; et nous pensons que, d'après ces éléments, les magistrats pourraient décider, en fait : soit que le partage devra être considéré comme non avenu, dans le cas, par exemple, où toute l'économie s'en trouverait absolument bouleversée; soit qu'il sera maintenu, à la charge par les uns de payer une indemnité aux autres; soit enfin qu'il sera maintenu, sans qu'il y ait lieu à aucune indemnité.

Cette conclusion paraît être aussi celle de nos éminents collègues, MM. Aubry et Rau, qui enseignent, du moins en ce qui concerne les aliénations faites par l'ascendant, que « la question de savoir si elles opèrent ou non la révo« cation du partage, est une question de fait et d'intention « qui doit être appréciée d'après les circonstances. » (T. VI, p. 230; *voy.* pourtant aussi p. 232; comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, VII.)

97. — Nous venons d'examiner quelle peut être, sur le sort du partage testamentaire, l'influence des changements, qui ont pu survenir durant la vie de l'ascendant.

Supposons maintenant que l'ascendant est mort.

Voici le moment décisif, où le partage va produire ses effets.

Ces effets donc, quels sont-ils?

La réponse est dans la solution d'une thèse importante sur laquelle il faut d'abord prendre parti, parce qu'elle est, en quelque sorte, la prémisse, d'où découleront ensuite, comme autant de conséquences, les solutions de toutes les difficultés, que nous allons rencontrer.

Il s'agit de savoir quel est le caractère de la vocation des enfants : si elle demeure *légitime*, ou si elle devient *testamentaire?*

Et quel est leur titre : s'ils sont toujours des *héritiers*, ou s'il ne faut voir, en eux, désormais que des *légataires?*

D'après la doctrine, qui est généralement enseignée et qui nous paraît, en effet, la plus sûre, le partage testamentaire fait par l'ascendant n'opère aucun changement dans la vocation des enfants, ni dans leur titre, qui ne cesse pas d'être celui d'héritiers :

1° Tels étaient les anciens principes, attestés notamment par Lebrun, qui enseigne que, « *encore bien que l'acte, par lequel l'ascendant a fait le partage entre ses enfants, fût un acte testamentaire, les coutumes ne laissent pas, en ce cas, de considérer les enfants comme héritiers ab intestat des parts et portions que leur père leur a léguées.* » (*Des Successions*, liv. IV, chap. I, n° 11 ; comp. le tome V, n°s 673 et 682.)

Or, il est naturel de croire que les rédacteurs de notre Code, qui n'ont pas annoncé l'intention de les changer, ont entendu les maintenir.

2° On doit d'autant plus le présumer ainsi, que ces principes sont fondés sur une interprétation très-plausible de la volonté de l'ascendant.

Quelle est, en effet, la volonté de l'ascendant qui fait, par testament, le partage de ses biens entre ses enfants? Quel est son but?

Est-ce de détruire, ou même seulement de modifier leur vocation légale?

Tout au contraire, il prend pour base cette vocation même; son seul dessein, c'est de faire lui-même, ni plus ni moins, le partage, qui serait fait après sa mort, entre ses enfants, soit à l'amiable, soit en justice; or, le partage, qui serait fait après sa mort, impliquerait nécessairement la vocation légitime des enfants et leur qualité d'héritiers; donc, il en doit être de même du partage testamentaire, par lequel l'ascendant se borne à remplir d'avance l'office du juge.

3° Voilà bien, en effet, ce qui résulte du texte de

l'article 1075, qui porte que les père et mère et autres ascendants peuvent faire, entre leurs enfants, *le partage et la distribution de leurs biens.*

L'objet de l'acte, c'est donc de *partager*, de *distribuer;* ce n'est pas de *disposer!*

Oh! sans doute, le partage fait par l'ascendant est lui-même dispositif, en ce sens qu'il attribue à chacun des enfants les biens, qui devront composer son lot; et c'est là, en effet, une certaine manière de disposer, que M. Genty explique très-bien par la maxime : « *Qui peut le plus, peut le moins.* » Libre de modifier la vocation héréditaire de ses enfants, à plus forte raison l'ascendant, en la maintenant, a-t-il le droit d'en régler le mode d'exercice; mais c'est là seulement ce qu'il fait, lorsqu'il se borne à partager entre eux ses biens.

4° Il ne faut pas oublier d'ailleurs que c'est du partage testamentaire que nous nous occupons en ce moment; or, c'est là surtout que l'élément du *partage* prédomine, et que le caractère distributif de l'acte l'emporte sur son caractère dispositif!

Aussi, n'y faut-il voir qu'un acte de simple distribution, lors même que l'attribution des lots aurait été faite à titre de legs, ou d'institution soit universelle, soit à titre universel, et qu'elle aurait été précédée d'une disposition collective au profit de tous les enfants; ni l'une ni l'autre de ces circonstances n'étant suffisante pour enlever à cet acte son caractère de partage, dès qu'il est reconnu que c'est, en effet, un partage que l'ascendant a eu l'intention de faire (comp. Genty, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 217 et 231; Troplong, t. IV, n° 2302; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*).

98. — Telle est, disons-nous, la doctrine généralement enseignée, et d'où il résulte que, malgré le partage testamentaire fait par l'ascendant, la vocation des enfants procède toujours de la loi, et non de la volonté de l'homme; qu'elle est donc toujours *légitime*, et non pas

testamentaire; et qu'enfin les enfants co-partagés sont à considérer, non pas comme des *légataires,* mais comme des *héritiers.*

Cette doctrine nous paraît, avons-nous dit, la plus juridique.

Ne pourrait-on pas, toutefois, lui reprocher d'être trop absolue, et de ne pas tenir suffisamment compte de l'élément *testamentaire,* qui se trouve ici mêlé à l'élément *héréditaire!* Sans doute, la succession de l'ascendant s'ouvre *ab intestat,* en ce sens qu'il n'a pas modifié le caractère de la vocation de ses enfants, qui ont toujours la qualité d'*héritiers.*

Mais, pourtant, le partage de cette succession est *testamentaire;* et ne s'ensuit-il pas que les enfants, en tant qu'ils ont droit aux lots, que l'ascendant leur a faits, sont, en effet, des légataires? En conséquence, ne faut-il pas dire que les deux titres concourent dans leur personne: *héritiers,* à l'effet de recueillir la succession, qui leur est déférée par la loi; et *légataires,* à l'effet de recueillir le lot qui leur est déféré par le testament de l'ascendant?

Cette espèce d'analyse semblerait exacte et de nature à fournir à chacun des principes, qui se trouvent ici engagés, une égale satisfaction; nous nous y étions même d'abord arrêté. Mais nous n'avons pas tardé à reconnaître les difficultés inextricables, dont elle devient, à tout instant, la source, et qu'il faut renoncer, sur presque tous les points, à cette impossible conciliation entre le testament et la succession légitime.

Forcé donc de faire prévaloir l'un des deux principes sur l'autre, c'est le principe de la succession légitime, que nous croyons devoir préférer dans le règlement des conséquences du partage testamentaire fait par l'ascendant.

Telle est notre prémisse générale.

Nous allons maintenant déduire les conséquences, qui en dérivent: soit à l'égard des enfants entre eux, soit à l'égard des tiers.

99. — 1° Et d'abord, que l'un ou plusieurs des enfants ne puissent pas répudier, comme légataires, le lot, qui leur a été fait par le testament de l'ascendant, et accepter, comme héritiers, la succession, qui leur est déférée par la loi, cela est d'évidence !

Les enfants, en effet, ne peuvent accepter la succession, qui leur est déférée par la loi, que telle qu'elle la leur défère ; or, la loi elle-même, dans ce cas, la leur défère toute partagée, puisque c'est en vertu du pouvoir qu'elle lui en avait conféré, que l'ascendant a fait ce partage ; donc, c'est la succession ainsi partagée, *telle qu'elle se comporte,* que les enfants doivent accepter ou répudier !

Est-ce que, d'ailleurs, cette distribution, par laquelle l'ascendant a fait à chacun son lot, ne renferme pas une dispense expresse de rapport ? sans aucun doute, puisqu'elle a pour but d'empêcher, entre les enfants, le partage sans lequel il n'y a pas de rapport possible ; et quel serait dès lors le profit de l'enfant, qui répudierait son lot, en acceptant la succession !

Qui ne voit, enfin, que la faculté, que la loi accorde à l'ascendant de faire le partage de ses biens entre ses enfants deviendrait illusoire, s'il pouvait dépendre d'eux de l'anéantir, en répudiant leur lot, pour accepter néanmoins la succession ! (Comp. *supra,* n° 31 ; Genty, p. 199 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis,* II, et 243 *bis,* IV).

100. — Aussi, lorsqu'il y a, parmi les enfants, des incapables, des mineurs ou des interdits, n'a-t-on pas à rechercher en quelle forme le partage testamentaire de l'ascendant peut être accepté par eux.

Ce n'est point le partage testamentaire, qu'il s'agit d'accepter ;

C'est la succession ; et il y a lieu d'observer alors les mêmes formalités, que l'on observe pour l'acceptation ou la répudiation des successions échues à des incapables (*supra,* n° 4).

101. — Nous ne pensons même pas que l'on doive

distinguer si le partage testamentaire fait par l'ascendant, était connu, ou s'il était ignoré, au moment où l'acceptation ou la répudiation de la succession a été faite par les enfants eux-mêmes, ou par leurs représentants.

Quelque parti que l'on eût pris, il serait, suivant nous irrévocable; car, c'est la succession, qui était seule directement l'objet du droit accepté ou répudié; et si importante que puisse être d'ailleurs la question du partage, elle n'est pourtant, à ce point de vue, qu'accessoire et réglementaire (comp. Genty, p. 200).

102. — 2° Mais, en sens inverse, les enfants pourraient-ils répudier la succession, comme héritiers, et accepter, comme légataires, le lot, qui leur a été fait par le partage testamentaire de l'ascendant?

La négative résulte, à notre avis, du principe, que nous venons d'établir (*supra* n° 97) ; et toutefois, nous ne voulons pas nier combien cette seconde déduction peut paraître plus contestable.

Ne pourrait-on pas, en effet, y opposer des objections très-graves :

1° Aux termes de l'article 1076, le partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par un acte testamentaire, est soumis aux formalités, conditions, et règles prescrites pour les testaments ;

Or, aux termes de l'article 845, l'héritier, qui renonce à la succession, peut cependant retenir le don entre-vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible;

Pourquoi donc l'un ou plusieurs des enfants, ou tous les enfants d'accord, ne pourraient-ils aussi, en renonçant à la succession, réclamer le lot qui leur a été fait par le partage testamentaire de l'ascendant?

On convient généralement que, dans le cas où le partage a été fait par donation entre-vifs, chacun des enfants peut, à l'époque de la mort de l'ascendant, retenir les biens qui lui ont été attribués, en renonçant à la succession ; et

puisqu'on applique l'article 845 au co-partagé donataire, quel motif y a-t-il pour ne pas l'appliquer au co-partagé légataire ?

2° Très-différent, en effet, de celui, qui prétendrait accepter la succession en répudiant le partage, l'enfant, qui accepte le partage en répudiant la succession, ne détruit pas l'œuvre paternelle ! tout au contraire ! il s'y conforme, et si bien, qu'il déclare s'y tenir et s'en contenter exclusivement ! On ne saurait donc objecter qu'il méconnaît le caractère de l'acte et l'intention de l'ascendant !

Aussi, même dans notre ancien droit, la doctrine des auteurs paraît-elle n'avoir pas été très-ferme sur ce point; c'est ainsi que Bannelier enseignait que « si le partage n'embrasse qu'une partie des biens, les enfants, qui s'y trouvent indiqués, prennent, à titre de prélegs, *sans se déclarer héritiers* » (sur Davot, t. III, p. 157); et il cite, avec plusieurs textes romains, l'autorité de Guy-Coquille, qui semble, en effet, admettre aussi cette distinction (sur l'art. 17 *du titre des Successions* de la Cout. de Nivernais; ajout. Furgole, *des Testaments*, t. III, p. 82).

Or, s'il en est ainsi, dans le cas où l'ascendant a fait seulement le partage d'une partie de ses biens ou même d'un seul de ses biens, pourquoi en serait-il autrement du partage, dans lequel il aurait compris tous ses biens?

Nous croyons néanmoins, malgré ces arguments, devoir maintenir notre solution ; nous ne pourrions pas, en effet, l'abandonner sur ce point, sans abandonner le principe même, que nous venons d'établir !

Si, en effet, le caractère de la vocation des enfants n'est pas changé, comment pourraient-ils préférer le titre de *légataires* à celui d'*héritiers*, puisqu'ils n'ont toujours que le titre d'héritiers ? voilà bien ce que disait Guy-Coquille lui-même, que chacun prendra en qualité d'héritier, et *s'il ne prend qualité d'héritier, il n'aura rien !*

Aussi, est-il remarquable que c'est dans le titre des *Successions* (art. 17), et non pas dans le titre *des Donations ou des Testaments*, que la coutume de Nivernais s'était occupée des partages d'ascendant; ce qui a fait dire à un auteur moderne que les rédacteurs de notre Code auraient pu, de même, placer cette matière dans le titre *des Successions* tout aussi bien que dans le titre *des Donations*. (Marcadé, art. 1075.)

Il est vrai que c'est dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, qu'ils l'ont, au contraire, placée, et que même l'article 1076 semble la soumettre à toutes les règles, qui y sont prescrites. Mais c'est là une disposition générale, qu'il faut concilier avec les autres textes, et avec le caractère prédominant du partage d'ascendant.

Que résulterait-il, en effet, de cet article, si on s'y attachait exclusivement?

C'est que, en réalité, ce que nous appelons encore le partage d'ascendant, ne serait plus autre chose qu'un legs ou une donation ordinaire! or, une telle conséquence est inadmissible, puisque, certainement, les rédacteurs de notre Code ont entendu le maintenir, avec son caractère d'institution spéciale.

Il est vrai encore que, dans le cas où le partage a lieu par donation entre-vifs, chacun des co-partagés, étant actuellement et irrévocablement saisi des biens qui lui ont été donnés, les conserve alors même que, lors du décès de l'ascendant, il ne vient pas à sa succession; mais cette différence résulte de la différence même, qui sépare la donation entre-vifs d'avec le testament. C'est actuellement, en effet, et irrévocablement, que les enfants ont été saisis par le partage entre-vifs; et on conçoit que cette donation puisse demeurer distincte de la succession, qui ne s'ouvrira que plus tard; tandis que le partage testamentaire ne se réalisant que par l'ouverture même de la succession, il n'y a pas de motif pour qu'il ne conserve pas son caractère d'opération purement distributive.

Nous concluons donc, en effet, qu'il doit le conserver; et cela, comme nous l'avons déjà dit, lors même que l'ascendant aurait déclaré qu'il *léguait* à chacun de ses enfants les biens compris dans son lot, si, d'ailleurs, il n'a entendu faire, entre eux, qu'un partage (*supra*, n° 49).

Il n'en serait autrement qu'autant qu'il aurait expressément manifesté une volonté contraire; ce qu'il est libre de faire sans doute, en permettant à chacun de ses enfants de répudier, s'il le veut, la succession, pour s'en tenir à son lot; et la circonstance, que le partage ne comprendrait qu'une partie des biens, pourrait être, en effet, de nature à rendre vraisemblable cette volonté de l'ascendant.

Mais ce serait-là, suivant nous, une disposition exceptionnelle, qui serait en dehors des prévisions, dont le législateur se préoccupait, lorsqu'il a réglé le partage d'ascendant (comp. Genty, p. 199; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 231; Troplong, t. IV, n° 2302; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 422-423; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, X; Massol, *recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1866, p. 501).

103. — 3° Il faut donc que les enfants acceptent la succession de l'ascendant, pour avoir droit aux lots, que son testament leur a faits.

Mais, d'ailleurs, ils peuvent l'accepter, suivant le droit commun, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire.

Et leur acceptation, quel qu'en soit le mode, produit alors les effets ordinaires; c'est-à-dire qu'ils sont tenus des dettes *ultra vires* dans le premier cas, et qu'ils n'en sont tenus, dans le second cas, que jusqu'à concurrence des biens qu'ils ont recueillis (art. 802; comp. *infra*, n° 119).

104. — 4° C'est encore une conséquence de notre principe que chacun des enfants a la saisine légale des biens compris dans son lot, sans qu'il y ait, de part ni d'autre, aucune demande en délivrance à former (comp. art. 724 et 1014).

Telle était l'ancienne doctrine; et la coutume de Nivernais en avait même une disposition expresse :

« .... *Et seront lesdits enfants saisis et vêtus des biens d'iceux défunt, selon ledit partage ou assignation* » (art. 17 du tit. *des Successions*).

Nous devons dire, toutefois, qu'un de nos chers collègues, M. Feuguerolles, aussi remarquable par son expérience pratique que par sa profonde science, nous a attesté que, le plus souvent, les partages testamentaires d'ascendant s'exécutent entre les enfants, au moyen d'autant de demandes réciproques en délivrance qu'il y a de copartagés.

Mais cette manière de procéder, qui a sans doute son avantage, ne nous paraît pas nécessaire; et en conséquence, nous croyons que chacun des enfants a droit, dès le jour de l'ouverture de la succession, aux fruits des biens qui composent son lot (comp. Toullier, t. III, n° 816; Grenier, t. III, n° 395; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 231; Genty, p. 101).

105. — 5° La capacité, que les enfants doivent avoir pour recueillir les lots du partage testamentaire, est celle que la loi exige dans la personne des *héritiers*, et non pas celle qu'elle exige dans la personne des *légataires*.

Cette conséquence de notre principe peut encore, nous en convenons, paraître singulière; et ce n'est pas, sans hésitation, ou plutôt même sans résistance, que nous l'avons acceptée; mais nous croyons devoir l'accepter pourtant comme inévitable!

La coutume de Nivernais était d'ailleurs, sur ce point, aussi fort explicite :

« Partage ou assignation faite par père, mère, ou l'un d'eux.... entre leurs enfants..., *capables à luy succéder ab intestat*, tient et vaut.... »

Et, en effet, s'il est vrai que leur titre n'est pas changé, et qu'ils demeurent toujours *héritiers*, sans devenir, en réalité, *légataires*, la capacité, qui doit être requise dans

leur personne, n'est pas celle des légataires, mais seulement celle des héritiers.

106. — Il y a un cas, à la vérité, où cette distinction n'offrira pas d'intérêt, parce que les conditions de l'une et de l'autre capacité sont alors les mêmes.

C'est celui où l'un des enfants serait décédé avant l'ascendant, sans laisser lui-même d'enfants.

Le lot, qui lui avait été fait par le partage testamentaire de l'ascendant, sera, en effet, certainement caduc, dans tous les cas : soit que l'on considère la capacité requise pour recueillir une succession (art. 725); soit que l'on considère la capacité requise pour recueillir un legs (art. 1039).

107. — Le lot de l'enfant prédécédé, sans enfants, sera, disons-nous, caduc.

Mais le partage lui-même le sera-t-il aussi?

M. Troplong répond affirmativement, et que le partage est alors tout entier à refaire entre les autres enfants; par la raison prédominante, dit-il, que les éléments sur lesquels le disposant a opéré, ne sont plus ceux qui existent au moment de son décès (t. IV, art. 2319). Tel est aussi le sentiment de M. Dalloz (*Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4595).

Nous croirions plutôt que le partage doit être maintenu, et qu'il y a lieu, suivant les termes de l'acte et la volonté testamentaire, qui en résulte :

Soit au partage, entre les enfants survivants, conformément à l'article 1077, des biens qui formaient le lot de l'enfant prédécédé;

Soit au droit d'accroissement, d'après les proportions établies par le partage, entre les enfants survivants, si, en effet, le partage a été précédé d'une institution universelle faite conjointement au profit de tous les enfants (art. 1044; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 229; Massé et Vergé, t. III, p. 309; *voy.* toutefois, Cass., 15 mai 1816, Cartier, et Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4596).

La loi, en effet, a réglé les causes de nullité du partage

d'ascendant; or, aucun texte ne nous paraît autoriser à considérer comme telle le prédécès de l'un ou même de plusieurs enfants, lors même qu'ils n'auraient pas laissé d'enfants.

Légalement donc, le partage subsiste.

Sans nier ce que la considération présentée par M. Troplong peut avoir de gravité, nous croyons pourtant qu'elle n'est que secondaire; et elle ne saurait, à notre avis, suffire pour entraîner, en l'absence d'un texte, la nullité même du partage (comp. Delvincourt, t. II, p. 152; Grenier, t. I, n° 398; et Ancelot, *h. l.*, note *a*; Toullier, t. III, n° 814; Duranton, t. IX, n° 641; Taulier, t. IV, p. 211; Genty, p. 209; Zachariæ, Aubry et Rau, t, IV, p. 229; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, VIII; *voy.* aussi Montpellier, 7 févr. 1850, Casenave, Dev., 1850, II, 561).

108. — Mais si les conditions de capacité pour recueillir une succession et pour recueillir un legs, sont les mêmes dans le cas de prédécès de l'un de ses enfants, qui ne laisse pas d'enfants, elles sont, au contraire, différentes dans les autres cas; à savoir :

a. — Lorsque l'enfant prédécédé a laissé des enfants;

b. — Lorsqu'il s'agit d'apprécier, dans la personne des enfants, les causes d'indignité ou d'ingratitude, qui peuvent les empêcher de recueillir;

c. — Lorsque l'un des enfants a été condamné à une peine afflictive perpétuelle.

109. — *a.* — L'un des enfants, qui avait été compris par l'ascendant dans son partage testamentaire, est prédécédé; et il a laissé des enfants, qui n'y ont pas été, eux-mêmes, compris.

Le partage est-il caduc?

L'affirmative a eu des partisans, même dans notre ancien Droit.

Davot, dans la *formule* qu'il a proposée d'un partage testamentaire d'ascendant, ajoute, après le nom de cha-

cun des enfants, ces mots : *et, à son défaut, les siens;* et voici l'explication qu'il en donne :

« J'ai eu soin, dit-il, de répéter, à chaque enfant, cette clause : *et, à son défaut, les siens,* pour éviter le vice d'une prétérition totale, si l'un des enfants du premier degré venait à prédécéder, laissant des petits-enfants. » (T. III, p. 166.)

La même doctrine est soutenue par des autorités considérables, dans notre droit nouveau :

1° Aux termes de l'article 1078, dit-on, le partage est nul, s'il n'a pas été fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés ;

Or, l'enfant prédécédé qui y a été compris, n'existe pas à l'époque du décès ; et les petits-enfants, qui existent à cette époque, n'y ont pas été compris;

Donc, le partage est nul.

2° Objectera-t-on que les petits-enfants, s'ils ne peuvent pas recueillir, de leur chef, le lot qui a été attribué à leur père, peuvent du moins le recueillir par représentation, en vertu de l'article 740?

Mais la représentation n'est pas admise dans les dispositions testamentaires; or, il résulte de l'article 1076 que ce n'est pas l'article 740, qui est ici applicable, mais l'article 1039, qui porte que *toute disposition testamentaire est caduque, si celui en faveur de qui elle a été faite, n'a pas survécu au testateur.*

3° L'application de ces principes n'a rien d'ailleurs que de raisonnable; car il se peut que le lot, qui avait été fait par l'ascendant à l'enfant du premier degré, eu égard à son âge, à sa position, à ses goûts, ne convienne pas aux petits-enfants, dont l'âge, la position et les goûts seraient très-différents ! (Comp. Bordeaux, 2 mars 1831, Lapeyre, D., 1832, II, 134; Agen, 23 déc. 1847, Dunoyer, Dev., 1848, II, 1 ; et *Observations, h. l.*)

110.—Mais cette doctrine ne nous paraît pas juridique :

1° Il est certain, d'abord, suivant nous, qu'en appliquant ici l'article 1078, elle le détourne de sa vraie signification; l'hypothèse, que l'article 1078 a prévue, est celle où l'ascendant aurait omis soit l'un de ses enfants, soit les descendants de l'un de ses enfants prédécédés, c'est-à-dire l'hypothèse où il aurait fait un partage incomplet, et dans lequel tous ceux qui ont le droit d'être lotis, ne l'auraient pas été; et voilà comment le texte, en effet, a dû dire, alors, non pas que le partage est *caduc*, mais qu'il est *nul;*

Or, tout autre est l'hypothèse qui nous occupe, et dans laquelle l'ascendant a loti, au contraire, tous ceux qui avaient le droit de l'être;

Donc, nous sommes en dehors du cas prévu par l'article 1078; et la preuve en est qu'on ne dit pas, dans notre hypothèse, que le partage est *nul;* on dit seulement qu'il est *caduc.*

2° Eh bien! non; il n'est pas *cáduc!*

Et, sur ce second point, notre preuve est déjà faite.

L'ascendant, avons-nous dit, qui fait entre ses enfants le partage testamentaire de ses biens, loin de vouloir modifier leur vocation héréditaire, entend, au contraire, la prendre pour base; c'est sa succession elle-même, telle que la loi la défère, dont il veut seulement composer les lots;

Or, si cette donnée est exacte (comme nous croyons l'avoir établi), la conséquence en est que le lot, que l'ascendant attribue à chacun de ses enfants, il entend virtuellement l'attribuer à leurs descendants, pour le cas où l'un d'eux viendrait à prédécéder; puisqu'il veut se conformer aux règles de la vocation héréditaire, et que, d'après les règles de la vocation héréditaire, les descendants de l'enfant prédécédé sont appelés à recueillir, par représentation, la part que l'enfant prédécédé aurait lui-même recueillie.

C'est-à-dire qu'il y a, dans la pensée de l'ascendant,

telle que la révèle le caractère même de son acte, une substitution vulgaire tacite, par laquelle le lot qu'il attribue à l'enfant, premier titulaire, si je puis dire ainsi, de la vocation légale, est attribué à ses descendants, auxquels cette vocation échoit, après lui; c'est ainsi que, aux termes de l'article 1082, le donateur de biens à venir est présumé comprendre tacitement, par l'effet d'une substitution vulgaire, les enfants à naître du mariage, pour le cas où il survivrait à l'époux donataire; et cette analogie semble d'autant plus exacte, que la donation des biens à venir, qui est l'institution d'un héritier par contrat, emprunte en effet, comme le partage testamentaire d'ascendant, ses règles de vocation à la succession légitime!

3° Il faut d'autant plus écarter de notre hypothèse l'application de l'article 1039, que le motif même sur lequel cet article est fondé, fait défaut. Si toute disposition testamentaire est caduque par le prédécès de celui en faveur de qui elle est faite, c'est qu'elle est faite exclusivement en sa faveur, et par des considérations personnelles; or, tel n'est pas le caractère du lot testamentaire attribué par l'ascendant à chacun de ses enfants, en sa qualité seulement d'héritier, qualité, au contraire, qui, par la représentation, se transmet à ses descendants.

4° On objecte, il est vrai, que l'ascendant aurait peut-être composé les lots d'une autre manière, s'il avait su que l'un ou plusieurs d'entre eux, au lieu d'être attribués à ses enfants, seraient attribués, par représentation, à ses petits-enfants.

Mais, d'abord, cette considération ne serait pas même exacte en fait, si l'ascendant avait survécu à son enfant prédécédé, assez longtemps pour pouvoir modifier son partage, et s'il ne l'avait pas modifié; nous ajoutons d'ailleurs, en droit, que, dans tous les cas, ce n'est là qu'une considération secondaire, qui ne saurait l'emporter sur les principes que nous venons de présenter, et

d'où résulte cette conclusion que, en effet, le partage testamentaire n'est pas caduc par le prédécès d'un enfant, lorsqu'il laisse lui-même des descendants.

En conséquence, la nullité ne pourrait en être demandée, ni par les petits-enfants contre les enfants, ni par les enfants contre les petits-enfants.

L'ascendant fera mieux sans doute de prévenir cette difficulté en ajoutant, comme le proposait Davot, après chaque enfant, cette formule : *et, à son défaut, aux siens...* ou *à ses enfants;* mais cette formule, qui serait prudente, ne nous paraît pas indispensable. (Comp. Riom, 28 nov. 1828, Poynet, Sirey, 1829, II, 174; Limoges, 29 févr. 1832, Jeannot, D., 1832, II, 134; Delvincourt, t. II, p. 361 ; Toullier, t. III, n° 814 ; Duranton, t. IX, n° 641 ; Poujol, art, 1078, n° 7; Vazeille, art. 1077, n° 4; Taulier, t. IV, p. 211 ; Troplong, t. IV, nos 2320-2321 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 227 , Colmet de Santerre, t. IV, nos 243 *bis*, II, et 243 *bis*, IX; Genty p. 209-213; Ancelot, sur Grenier, t. III, n° 398 , note *a;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1833.)

111. — Oh ! sans doute, si l'ascendant avait fait une disposition par préciput à l'enfant prédécédé, ses enfants ne pourraient pas la réclamer par voie de représentation; et l'article 1039 serait alors applicable.

Mais, précisément, c'est qu'il s'agirait alors, non pas d'une portion a recueillir en qualité d'héritier, dans la succession ab intestat, mais d'une véritable disposition testamentaire, à recueillir en qualité de légataire.

112. — *b.* On ne pourrait pas invoquer, contre l'un des enfants, les articles 1046 et 1047, à l'effet de le priver, comme légataire, pour cause d'ingratitude, du lot que le partage testamentaire de son ascendant lui a fait.

C'est seulement comme héritier, en vertu de l'article 727, qu'il pourrait être exclu de la succession pour cause d'indignité.

Et ceci n'est pas de médiocre conséquence; car on sait

que les causes d'indignité, qui peuvent faire exclure un héritier de la succession légitime, sont différentes des causes qui peuvent autoriser la révocation d'une disposition testamentaire, pour cause d'ingratitude. (Comp. le tome V de ce *Traité*, n° 278.)

113. *c.* — C'est par le même motif, que l'enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle peut, comme nous l'avons dit déjà, être compris dans le partage testamentaire de son ascendant, et recueillir le lot qui lui a été fait.

Mais, pourtant, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 mai 1854, cet enfant est incapable d'être *légataire !*

Il est vrai; mais il n'est pas incapable d'être *héritier !*

Or, ce n'est pas un *legs* qu'il recueille, mais seulement sa part dans la *succession*. (Comp. *supra*, n° 30 *bis*.)

114. — 6° Le partage fait par l'ascendant n'est pas révocable pour cause d'inexécution des conditions.

Si l'on objecte que, pourtant, l'article 1046 autorise la demande en révocation contre le légataire, qui n'exécute pas les conditions que le testateur a mises à ses legs (comp. Limoges, 21 juin 1836, Baignol, Dev., 1836, II, 392).

Nous répondrons encore que les enfants ne sont pas des légataires et qu'ils ne sont que des héritiers!

Or, la révocation pour cause d'inexécution des conditions, qui peut détruire le titre du légataire, ne saurait détruire le titre de l'héritier!

Le testament n'a fait, entre les enfants, que le partage de la succession; et il est soumis aux règles qui gouvernent le partage; c'est bien là ce que prouve l'article 1079, qui le soumet à l'action en rescision pour cause de lésion.

Or, un partage n'est pas révocable pour cause d'inexécution des conditions, ni pour défaut de paiement des soultes qui auraient été mises à la charge de l'un des co-partageants, ni pour aucune cause semblable; les co-partageants, en conséquence, ne peuvent pas agir

par voie de résolution; ils ne peuvent que poursuivre, par les voies ordinaires, l'exécution même des conditions du partage (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 308; Grenoble, 8 janv. 1851, Borel, Dev., 1851, II, 305; Besançon, 8 juin 1857, Pelletret, Dev., 1857, II, 688; Cass., 7 août 1860, Payenneville, Dev., 1860, I, 977; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 231; Genty, p. 204).

115. — 7° Mais aussi, les enfants co-partagés sont tenus, réciproquement, comme héritiers, aux termes des articles 884 et 886, de l'obligation de garantie, dont ils ne seraient pas tenus, s'ils étaient considérés comme légataires.

Telle était déjà, malgré certaines dissidences, la doctrine ancienne (comp. le tome V, n° 682).

Telle doit être aussi la doctrine nouvelle; car l'obligation de garantie est la conséquence nécessaire de notre principe, d'après lequel le caractère du partage d'ascendant est celui d'un partage de succession; et c'est surtout entre les enfants eux-mêmes, que ce caractère est exact et doit produire ses effets (comp. Delvincourt, t. II, p. 152-155; Chabot, art. 884, n° 9; Toullier, t. III, n° 807; Gernier, t. III, n° 394; Duranton, t. IX, n° 633; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, XIV; Genty, p. 203).

116. — 8° D'où il suit également que les actions, qui peuvent en naître afin de paiement des soultes ou en garantie, sont munies, dans l'intérêt des enfants co-partagés, du privilége, dont la loi les a pourvues, dans l'intérêt de tous les co-partageants (art. 2103, 2109).

Remarquons seulement que le délai de soixante jours, pour requérir l'inscription de ce privilége, devra courir du jour même de la mort de l'ascendant, puisque c'est de ce jour que le partage produit son effet, et que la loi n'a pas fixé, pour ce cas particulier, un autre point de départ (comp. Cass., 7 août 1860, cité *supra*, n° 114; Genty, p. 203).

117. — 9° Le partage testamentaire de l'ascendant n'étant pas dispositif, mais seulement distributif, ne saurait être considéré, dans la personne des enfants, comme un juste titre, susceptible de servir de fondement à la prescription (art. 2265).

Chacun d'eux ne pourra, en conséquence, que continuer, comme héritier, la même possession que son auteur (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 324; Genty, p. 294-205).

118. — 10° Il faut aussi en conclure que l'article 883 est applicable au partage d'ascendant, comme à tout autre partage, et que chacun des enfants est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession (comp. *infra*, n° 138; Cass., 4 juin 1849, Flandrin, Dev., 1849, I, 487).

On a même prétendu que cette conséquence, pour les partages d'ascendant, ne dérivait pas, comme pour les partages ordinaires, de l'article 883, et qu'elle y était, non pas une vérité fictive, mais une *vérité vraie.*

En effet, dit-on, les partages ordinaires sont précédés d'une indivision, durant laquelle chacun des co-héritiers a, en effet, *avant le partage*, un droit dans tous les objets qui composent la succession; et c'est bien par une fiction qu'il est alors *censé* n'avoir jamais eu, *après le partage,* aucun droit dans les objets échus à ses co-héritiers.

Mais, au contraire, dans le cas d'un partage d'ascendant, aucune indivision n'a existé, à un moment quelconque, entre les enfants; c'est toute partagée que la succession est échue à chacun d'eux; et c'est très-véritablement que l'on peut dire alors que chacun d'eux, en effet, n'a jamais eu aucun droit dans les biens qui forment les autres lots.

De cette doctrine on conclut que la maxime que le partage est déclaratif, devra produire, dans les partages

d'ascendant, des effets encore plus énergiques que dans les partages ordinaires.

La succession, par exemple, ne se compose que d'immeubles ; et parmi les héritiers, se trouve une femme mariée sous le régime dotal, qui s'est constitué en dot tous ses immeubles présents et à venir, avec faculté de les aliéner sous la condition d'un remploi (*voy.* aussi art. 1558).

On convient bien que, si elle faisait elle-même le partage de cette succession avec ses cohéritiers, et que l'un d'eux fût chargé d'une soulte envers elle, il devrait être fait un remploi de cette soulte, considérée comme représentative du droit que, pendant l'indivision, la femme a eu dans les immeubles héréditaires ;

Tandis que l'on prétend que, si le partage de cette succession a été fait par l'ascendant de la femme, la somme d'argent que son frère, apportionné de l'immeuble, aurait été chargé de lui payer à titre de soulte, n'aura jamais été dans ses mains qu'un capital mobilier, non sujet à la condition du remploi (comp. Caen, 15 févr. 1837, seconde chambre; Caen, 5 nov. 1845, Dubourg, Dev., 1846, II, 246).

Mais nous ne pensons pas que cette doctrine soit exacte ; et, à notre avis, c'est bien en vertu de l'article 883, que la règle du partage déclaratif doit être appliquée aux partages d'ascendant comme aux partages ordinaires ; de façon que les effets en doivent être, dans les deux cas, ni plus ni moins, les mêmes.

C'est là encore, suivant nous, une conséquence nécessaire du principe qui nous dirige, et d'après lequel le partage d'ascendant n'est pas un acte de *disposition* mais seulement de *distribution*, de *répartition* ; or, ce caractère même suppose des droits préexistants, une copropriété et une indivision antérieure, ne fût-ce que pendant un instant de raison. Eh ! d'où viendraient donc, sans cela, l'obligation de garantie, et le privilége, et l'action en rescision pour cause de lésion !

En vain on objecte que le partage fait par l'ascendant a empêché l'indivision d'exister.

Il ne l'a pas plus empêchée que n'aurait fait un partage ordinaire entre les enfants, malgré l'effet rétroactif par suite duquel ils sont aussi censés, dans ce cas, n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens qu'ils ont partagés (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 317-318; Genty, p. 205-206).

119. — 11° Nous n'avons encore rien dit de la manière dont les enfants, entre lesquels l'ascendant a fait le partage testamentaire de ses biens, peuvent être tenus de payer les dettes héréditaires, soit envers les créanciers, soit les uns envers les autres.

Mais, au point où nous en sommes, rien n'est plus simple !

Les enfants co-partagés sont toujours, avons-nous dit, à considérer comme des héritiers légitimes; et le partage testamentaire n'a pas détruit leur vocation légale à la succession ab intestat.

D'où la conséquence qu'ils seront tenus des dettes, d'après le droit commun, comme les héritiers légitimes, soit entre eux, soit envers les créanciers : c'est-à-dire *ultra vires*, s'ils ont accepté purement et simplement, et *intra vires*, s'ils ont accepté sous bénéfice d'inventaire (comp. *supra*, n° 103; Genty, p. 206; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, XI).

B. — *Des effets du partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par donation entre-vifs.*

SOMMAIRE.

120. — Exposition.
121. — Quatre systèmes différents se trouvent en présence sur le caractère et les effets du partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par donation entre-vifs.
122. — Suite.
123. — Suite.
124. — Suite. — Division.

120. — Dans le cas où le partage d'ascendant est fait par donation entre-vifs, toutes les questions particulières, qui s'élèvent sur les effets qu'il peut produire, se résu-

ment, pour ainsi dire, en une question générale, sur laquelle il faut, avant tout, prendre parti ; à savoir : quel est le caractère de cette donation partage? et quel est le titre qu'elle confère aux enfants?

Cette prémisse capitale, qu'il nous a fallu poser aussi, afin d'étudier les effets du partage testamentaire (*supra*, n° 97), est même encore plus importante, lorsque le partage est fait par donation entre-vifs; car, à la différence du partage testamentaire, qui ne produit ses effets qu'à une seule époque, celle où la succession de l'ascendant s'ouvre par sa mort, le partage entre-vifs produit des effets actuels, du vivant de l'ascendant, et avant l'ouverture de sa succession!

Or, il est facile d'apercevoir les complications nouvelles que cette particularité du partage entre-vifs va nécessairement produire, et que ce ne sera pas une tâche facile que d'en définir le caractère.

121. — Aussi, ne s'est-il pas formé moins de quatre systèmes dont chacun est appuyé, dans la doctrine et dans la jurisprudence, par des autorités considérables :

a. — Le premier enseigne que le partage entre-vifs constitue, relativement aux biens qui s'y trouvent compris, une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant; que c'est, en conséquence, l'élément héréditaire, qui prédomine dans ce cas, comme dans le cas d'un partage testamentaire ; et que les enfants co partagés sont à considérer, même du vivant de l'ascendant, non pas comme des donataires, mais comme des héritiers; d'où il suit qu'ils peuvent, dès actuellement, exercer les mêmes actions que l'ouverture de la succession, par la mort de l'ascendant, leur permettrait d'exercer : non-seulement donc l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, mais encore l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

b. — D'après le second système, au contraire, les enfants ne peuvent être, tant que l'ascendant existe, consi-

dérés que comme des donataires; leur vocation héréditaire n'est nullement ouverte; et, en conséquence, toute action qui impliquerait, dans leur personne, la qualité d'héritiers, telle que l'action en réduction pour atteinte à la réserve, est nécessairement ajournée jusqu'à l'époque où la succession de l'ascendant s'ouvrira par sa mort.

Mais si les enfants sont seulement donataires, tant que l'ascendant existe, il faut pourtant reconnaître que la donation qui leur a été faite, a pour objet une masse commune, dont l'ascendant a déclaré vouloir faire, entre eux, le partage; d'où il suit que les enfants, en même temps qu'ils sont donataires sont aussi, non pas des *héritiers*, mais du moins des *co-partagés*; car le partage est inséparable de la donation, qui a pour but de le réaliser, et dont il constitue la manière d'être; et par conséquent, les enfants, en cette qualité de donataires co-partagés, peuvent, du vivant de l'ascendant, exercer réciproquement les actions qui naissent de tout partage, telles que l'action en garantie et l'action en rescision pour cause de lésion.

c. — Le troisième système consiste à dire que les enfants ne doivent être, durant la vie de l'ascendant, considérés que comme des donataires, et qu'il n'y a lieu, entre eux, tant que la succession n'est pas ouverte, pas plus aux actions qu'ils prétendraient exercer en qualité de *co-partagés*, telle que l'action en rescision pour cause de lésion, ou en garantie, qu'aux actions qu'ils prétendraient exercer en qualité d'*héritiers*, telle que l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

d. Enfin, d'après le quatrième système, il faut distinguer entre les actions qui tendent à demander le maintien et l'exécution de la donation, et les actions qui tendent, au contraire, à en demander la nullité ou la rescision :

Les premières, telles que l'action en paiement des soultes, que l'un des enfants aurait été chargé de payer aux

autres, ou l'action en garantie, peuvent être intentées par les enfants, du vivant de l'ascendant;

Tandis que les secondes, telles que l'action en réduction, ou même en rescision pour cause de lésion, ne peuvent être intentées qu'après sa mort.

Voilà les quatre systèmes qui se trouvent en présence, et qui ont suscité, depuis la promulgation de notre Code, les plus vives controverses.

On peut considérer, il est vrai, que le premier système est aujourd'hui hors de combat.

Mais la lutte se poursuit toujours entre les autres, quoique pourtant le succès paraisse se déclarer en faveur du second, qui prétend que les enfants ne sont, tant que l'ascendant existe, que de simples donataires, entre lesquels ne peut encore s'ouvrir aucune action qui aurait pour principe une co-propriété indivise antérieure.

C'est surtout lorsque nous examinerons les causes de nullité et de rescision, dont le partage d'ascendant peut être affecté, que nous verrons toute l'importance de chacun de ces systèmes, et à quel point sont différentes les solutions qui en dérivent.

Et c'est aussi dans cette partie de notre sujet que nous nous proposons de les apprécier. (*Infra*, n°s 218 et suiv.)

Nous voulons toutefois, dès à présent, déclarer que, suivant nous, c'est le quatrième système, qui est le plus juridique.

122. — Et d'abord, que le partage entre-vifs ne puisse pas être considéré comme un partage de succession, qui devrait produire, du vivant de l'ascendant, les mêmes effets qu'il produirait, si l'ascendant était mort, c'est ce qui nous paraît certain.

Nulla est viventis hæreditas! disait Pothier, précisément pour établir que les démissionnaires, dans notre ancien droit, ne pouvaient pas être, avant la mort du démettant, considérés comme ses *héritiers!* (Comp. le tome V, n° 688.)

Cette raison-là est, en effet, tranchante! les successions ne s'ouvrent que par la mort (art. 718); et les héritiers présomptifs d'une personne vivante n'ont aucun droit sur ses biens; ce n'est que par sa volonté bienfaisante qu'ils peuvent en acquérir; or, cette volonté ne peut s'exercer que d'une seule manière, à savoir : au moyen de la donation entre-vifs. (*Supra*, n° 2.) Si l'abandon fait par l'ascendant constituait un partage actuel de sa succesion, considérée déjà comme ouverte, il devrait, sous peine de nullité, comprendre tous les enfants que la loi appelle à cette succession; or, au contraire, le partage entre-vifs est actuellement valable, quoiqu'il ne comprenne pas tous les enfants; et il résulte de l'article 1078 que ce n'est qu'à l'époque du décès de l'ascendant, lorsque sa succession s'ouvrira, que l'enfant sera fondé à réclamer.

Pareillement, en sens inverse, il se peut que, parmi ceux qui ont été compris dans le partage entre-vifs, il y en ait qui ne viennent pas ensuite à la succession de l'ascendant; et pourtant ils n'en conserveront pas moins l'attribution qui leur a été faite. (*Infra*, nos 146 et suiv.)

C'est-à-dire que les uns, qui ne sont pas *donataires*, peuvent devenir *héritiers;* tandis que ceux qui sont *donataires*, peuvent ne pas devenir *héritiers !*

Double preuve, qui témoigne que l'acte n'est, en effet, tant que l'ascendant existe, qu'une donation entre-vifs, sans mélange de succession, et que les enfants sont à considérer, non comme des *héritiers* entre lesquels puissent naître les actions que l'ouverture de la succesion peut seule produire, mais comme des *donataires*.

C'est bien là ce que reconnaît le second système; mais il ajoute qu'ils sont des donataires *co-partagés*, entre lesquels peuvent naître les actions que le partage, en général, peut produire. La donation que l'ascendant fait à ses enfants a, dit-il, pour objet, non pas des attributions individuelles et isolées, mais une attribution collective, portant sur une masse commune, dont l'ascendant a dé-

claré vouloir faire le partage; et, par conséquent, d'après l'intention de l'ascendant qui donne, et des enfants qui reçoivent, cet abandon est un acte d'égalité, non pas en vue d'un avenir incertain, mais dès actuellement et pour le présent; d'où il suit que les actions auxquelles le partage peut donner lieu, s'ouvrent, dès actuellement, entre les enfants, considérés, non pas comme des *héritiers* mais comme des *co-partagés*.

Ce système est, il faut en convenir, spécieux; et nous croyons même qu'il ne manque point, à certains égards, d'exactitude (comp. *infra*, n°s 134-135).

Mais il est, à notre avis, trop absolu.

L'ascendant a voulu faire, entre ses enfants, un partage en même temps qu'une donation entre-vifs!

Il est vrai; mais comment a-t-il voulu faire ce partage?

C'est surtout en vue de sa succession future, entre ses enfants considérés éventuellement comme ses héritiers présomptifs.

De sorte que c'est une contradiction de dire que les enfants, quoique ne pouvant pas être considérés, du vivant de l'ascendant, comme des *héritiers*, peuvent être néanmoins, de son vivant, considérés comme des *co-partagés*.

Car, ils ne pourront être considérés comme copartagés, qu'autant qu'ils pourront être considérés comme héritiers: *Prius est esse quam esse tale!*

C'est-à-dire qu'il y a, dans cette donation, deux éléments : l'un, actuel et certain; l'autre, futur et éventuel.

Ce qui est actuel et certain, c'est la donation entre-vifs, telle que l'ascendant l'a faite;

Ce qui est futur et éventuel, c'est le droit héréditaire, auquel est subordonné le caractère de la donation, considérée comme partage de succession.

A ces traits, il est impossible de ne pas reconnaître la donation par avancement d'hoirie; et tel nous paraît, en

effet, le caractère du partage d'ascendant, lorsqu'il est fait entre-vifs.

Or, on sait que la donation entre-vifs, lors même qu'elle est faite expressément à titre d'avancement d'hoirie, n'en est pas moins, tant que le donateur existe, une donation ordinaire, qui doit produire les mêmes effets que toute donation entre-vifs; car la condition résolutoire dont elle est affectée, à savoir : qu'elle sera résolue, en ce qui concerne ses cohéritiers, si le donataire accepte la succession du donateur, cette condition éventuelle n'en modifie pas les effets ordinaires (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 57);

Donc, il en doit être de même de la donation, par laquelle l'ascendant a fait, entre ses enfants, le partage de ses biens; car ce partage n'est qu'un ensemble d'avancements d'hoirie.

123. — Il est si vrai que les deux caractères, que nous venons de signaler dans le partage entre-vifs, sont indépendants l'un de l'autre, que l'acte, lors du décès de l'ascendant, pourrait être valable comme donation, lors même qu'il serait nul comme partage de succession.

La réciproque, sans doute, ne serait pas exacte; et l'article 1076 s'opposerait à ce que l'acte fût valable comme partage, s'il était nul comme donation (*infra*, n° 140).

Mais il nous suffit d'avoir établi que le sort de l'acte, considéré comme donation entre-vifs, n'est pas nécessairement lié au sort de l'acte considéré comme partage de succession, pour que nous ayons, en effet, établi que le vrai caractère de cet acte est celui d'une donation entre-vifs, faite à titre d'avancement d'hoirie.

124. — Telle est notre prémisse générale.

Nous avons à déduire maintenant les conséquences qui en résultent :

a. Dans les rapports de l'ascendant avec les enfants;

b. Dans les rapports de l'ascendant avec les tiers;

c. Dans les rapports des enfants, soit entr'eux, soit avec les tiers.

125. — *a.* Le partage entre-vifs produit, entre l'ascendant et les enfants, les mêmes effets qu'une donation entre-vifs ordinaire; car il n'est entr'eux qu'une donation; et il ne saurait avoir un autre caractère (art. 1076).

L'ascendant est donc actuellement dessaisi de la propriété des biens compris dans la donation; et il doit en faire la délivrance immédiate aux enfants, à moins qu'il ne s'en soit réservé l'usufruit (*supra*, n° 60).

Il est clair aussi que ce dessaisissement est irrévocable (art. 894);

Sauf, bien entendu, les exceptions que la loi apporte à l'irrévocabilité de la donation entre-vifs; et, en conséquence, l'ascendant peut, comme tout autre donateur, demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude (art. 953).

Il peut, disons-nous, la demander, soit contre tous les enfants, soit contre l'un ou plusieurs d'entr'eux, si quelques-uns seulement n'exécutent pas les conditions de la donation ou se montrent ingrats envers lui (comp. Genty, p. 228-229; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 216-217; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1814).

126. — Ce n'est, toutefois, que de la donation entre-vifs, considérée comme telle, que l'ascendant peut demander la révocation ou la nullité, s'il y a lieu.

Il ne pourrait pas demander la nullité de l'acte, considéré comme partage; car l'acte n'a et n'aura jamais, quant à lui, ce caractère.

Cette règle est certaine (comp. Genty, p. 230; Colmet de Santerre, t. IV, p. 243 *bis*, IV).

Mais l'application peut en paraître, dans certains cas, délicate.

Voici un mari et une femme, qui, après avoir confondu leurs biens en une seule masse, en ont fait un seul par-

tage, par donation entre-vifs, entre leurs enfants; et ensuite, la femme fait prononcer la nullité de la donation, en ce qui la concerne, par le motif que les biens, par elle donnés, étaient dotaux et par conséquent inaliénables (comp. *supra*, n° 73).

Le mari peut-il, de son côté, demander la nullité de sa donation?

On l'a décidé ainsi (comp. Rouen, 11 juill. 1844, Guérard; Cass., 5 janv. 1846, mêmes parties, Dev., 1847, I, 134).

Mais, pourtant, le mari, lui! pouvait aliéner les biens qu'il a donnés; *il pouvait en disposer au profit de ses enfants, aux termes de l'article* 1075, *comme il pouvait les vendre ou les donner; et en ce qui le concerne, le partage était valable....*; c'est l'arrêt de la cour de Rouen, qui le reconnaît en ces termes.

La conséquence n'en était-elle pas que cette donation faite par lui, puisqu'elle était valable, devait être maintenue? (comp. Genty, p. 230-231).

Ce qu'il faut répondre, c'est que la donation faite par l'un des ascendants a dû être considérée comme la condition de la donation faite par l'autre, puisqu'elles ne formaient ensemble qu'un seul tout, et que c'est, dès lors, en sa qualité même de donateur que le père demandait la nullité de la donation, qu'il n'avait faite, de son côté, que sous la condition que la donation, faite par la femme, serait maintenue.

127. — L'ascendant, n'ayant, envers ses enfants, que la qualité de donateur, n'est pas tenu de l'obligation de garantie, à raison des troubles ou évictions qu'ils pourraient encourir; il n'en est pas tenu, disons-nous, si ce n'est dans les cas d'exception où le donateur entre-vifs, suivant le droit commun, peut en être tenu (comp. le t. III de ce *Traité*, n° 543 et suiv.; Genty, p. 228; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, IV).

128. — Les enfants, entre lesquels l'ascendant a par-

tagé entre-vifs l'universalité ou une quote-part de l'universalité de ses biens présents, sont-ils tenus, de plein droit, de ses dettes, soit envers l'ascendant lui-même, soit envers ses créanciers?

Au point où nous en sommes, la réponse est facile.

Les rapports, que le partage fait entre-vifs établit entre l'ascendant et les enfants, sont, avons-nous dit, uniquement ceux que la donation entre-vifs établit entre le donateur et le donataire;

Or, nous croyons avoir démontré déjà que le donataire d'une part des biens présents ou même de tous les biens présents, n'est pas, de plein droit, tenu des dettes du donateur, ni envers celui-ci, ni envers ses créanciers (*voy.* le tome III de ce *Traité*, nos 449 à 464);

Donc, les enfants ne sont pas tenus, de plein droit, des dettes de l'ascendant par l'effet du partage entre-vifs, lors même qu'il comprend tous les biens.

Cette conclusion est, suivant nous, irrésistible.

Nous devons dire, toutefois, que M. Troplong ne l'admet pas; et, après avoir enseigné, dans le tome III de son *Commentaire* (nos 1214-1215), que le *donataire entre-vifs, même de tous les biens présents, n'est pas assujetti*, *de plein droit, au payement des dettes,* le savant auteur enseigne, dans le tome IV (n° 2310), que, lorsque le partage d'ascendant s'effectue par donation entre-vifs, les *dettes suivent le sort des biens*, *et que les enfants en sont tenus directement et personnellement envers les tiers* (comp., Saintespès-Lescot, t. IV, nos 1817-1821).

Mais c'est là, ce nous semble, une contradiction; et il nous paraît d'autant plus important de s'en garantir, qu'elle tendrait à dénaturer le caractère du partage d'ascendant fait par donation entre-vifs (comp., Limoges, 29 avril 1817, Boutet, Sirey, 1817, II, 164; Agen, 11 juin 1837, Bayle, Dev., 1839, II, 490; Douai, 12 fév. 1840, Petit, Dev., 1840, II, 393; Agen, 14 nov. 1842, Desclaux, Dev., 1843, II, 164; Caen, 18 janvier

1849, Charpentier, Dev., 1849, II, 689; Delvincourt, t. II, p. 151; Toullier, t. III, nos 817-818; Grenier, t. III, n° 395; Vazeille, art. 1076, n° 3; Duranton, t. IX, n° 630; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 230; Genty, p. 231-240; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*).

129. — *b*. C'est surtout dans les rapports de l'ascendant avec les tiers, que le partage fait par lui, entre ses enfants, ne peut avoir que le caractère et les effets d'une donation entre-vifs.

Le dessaisissement actuel et irrévocable, qu'il entraîne, est donc opposable aux créanciers, sous la condition, bien entendu, que les conditions requises à cet effet auront été remplies : la transcription, par exemple, quant aux biens susceptibles d'hypothèque, l'état estimatif, quant au mobilier, etc. (art. 939, 948; comp., *supra*, nos 12-13).

130. — Mais aussi, les créanciers de l'ascendant peuvent attaquer le partage, par l'action paulienne révocatoire, aux termes de l'article 1167; comme ils pourraient attaquer toute autre donation entre-vifs, et sous les seules conditions que le droit commun exige, c'est-à-dire notamment qu'ils ne sont pas tenus de prouver que les enfants étaient complices de la fraude de l'ascendant (comp., Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 247).

131. — On a beaucoup agité la question de savoir si, en ce qui concerne les donataires ou les légataires de l'ascendant, les biens compris dans le partage entre-vifs doivent être réunis à la masse, conformément à l'article 922, pour le calcul de la quotité disponible.

La jurisprudence l'avait même d'abord décidée négativement! et elle était, en cela, conséquente avec elle-même ; car, à cette époque, elle décidait aussi que le partage entre-vifs opérait, relativement aux biens qui y étaient compris, une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant; d'où elle avait été amenée à conclure que ces biens formaient une succession à part, distincte de la succession qui s'ouvrirait plus tard, lors du décès de l'as-

cendant, et à laquelle correspondait aussi une quotité disponible, distincte et spéciale (comp. Cass., 4 fév. 1845, Meillonas, Dev., 1845, I, 305).

Mais nous venons d'établir, au contraire, que tel n'est nullement le caractère du partage entre-vifs; il n'est pas, il ne peut pas être la succession ouverte de l'ascendant qui est là toujours en vie; il n'est et ne peut être qu'une donation entre-vifs !

Et, par suite, il faut appliquer, aux biens compris dans un partage d'ascendant fait par donation entre-vifs, la règle générale de l'article 922, qui exige que tous les biens donnés entre-vifs soient réunis fictivement à la masse, lors de l'ouverture de la succession du donateur, pour le calcul de sa quotité disponible.

C'est ce que la jurisprudence la plus récente a reconnu; et elle a été, en ceci, conséquente encore avec elle-même; car ce revirement date de l'époque où elle a commencé aussi à reconnaître que le partage entre-vifs ne constitue, tant que l'ascendant existe, qu'une donation entre-vifs, et qui ne saurait donner naissance à aucune des actions, que l'ouverture de sa succession peut seule engendrer.

Nous avons d'ailleurs fourni déjà, sur cette question, des développements étendus, auxquels il suffit de nous référer (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 319 à 323).

132. — *c*. Il nous reste à considérer les effets du partage entre-vifs, dans les rapports des enfants soit entre eux, soit avec les tiers (*supra*, n° 124).

Cette partie de notre sujet n'est pas la moins compliquée; et nous croyons qu'il convient, afin d'y mettre le plus de clarté possible, de considérer ces effets à deux époques; savoir :

1° Pendant la vie de l'ascendant;

2° Après sa mort.

132 *bis*. — 1° Déjà, nous avons annoncé que les enfants ne peuvent pas être, pendant la vie de l'ascendant, consi-

dérés comme des *héritiers;* et que, par conséquent, les actions, qui supposent cette qualité, ne peuvent pas, tant qu'il existe, s'ouvrir entre eux (*infra*, nos 217 et suiv.).

133. — C'est par le même motif, parce que la succession n'est pas ouverte et qu'ils ne sont pas héritiers, que l'obligation du rapport ne saurait encore naître. (Art. 857.)

Il est vrai que l'ascendant peut comprendre, dans son partage entre-vifs, le bien qu'il a donné antérieurement à l'un de ses enfants, soit pour en former le lot du donataire, soit même pour l'attribuer à un autre enfant (*supra*, n° 75).

Mais ce n'est point là l'obligation du rapport proprement dite.

C'est simplement une condition mise par l'ascendant à sa donation, et qu'il est libre, en effet, d'y mettre, puisqu'elle n'a rien d'illicite.

134. — Est-ce à dire, pourtant, que le partage entre-vifs ne peut faire naître aucune action entre les enfants, tant que l'ascendant n'est pas mort et que sa succession n'est pas ouverte?

L'un des enfants, par exemple, a été chargé, par l'acte de donation, de payer une soulte à l'un des autres; ou même tous les biens ont été attribués à un seul, à la charge, par lui, de payer aux autres une somme équivalente à la valeur des biens, qu'ils auraient eus, si le partage avait été fait en nature;

Ou encore, voilà l'un des enfants qui éprouve une éviction, relativement aux biens compris dans son lot.

Que l'enfant, qui est créancier de la soulte, puisse en demander le payement de suite, si elle est exigible, ou après l'échéance du terme que l'acte aurait accordé à l'enfant, qui en est débiteur, cela est d'évidence! car c'est précisément dans cette soulte que consiste la donation que son ascendant lui a faite, cette donation qui a un effet actuel!

Mais la difficulté est de savoir à quel titre il peut le demander.

Est-ce comme donataire? est-ce comme copartagé ?

En d'autres termes, sa créance jouit-elle du privilége, dont l'article 2103 a muni les créances pour soultes ou retours de lot, sous la condition que l'article 2109 exige, d'une inscription dans le délai de soixante jours, à dater de l'acte de partage ?

Non ! répond M. Genty ; l'enfant créancier de la soulte, n'a pas de privilége, tant que l'ascendant existe ! telle est la conséquence du principe que les enfants ne sont, durant cette première époque, que de simples donataires en avancement d'hoirie, qui ne tiennent rien les uns des autres, et entre lesquels n'existe encore, par conséquent, aucune relation ni d'héritiers, ni de copartagés ; d'où il conclut que le privilége ne naîtra qu'à l'époque de la mort de l'ascendant, sous cette double condition : que l'enfant, qui est créancier de la soulte, et que l'enfant, qui en est débiteur, accepteront la succession ; et que, dans ce cas, le délai de soixante jours, à fin d'inscription du privilége, ne commencera à courir qu'à dater du jour de l'ouverture de la succession.

C'est en vertu du même principe, que M. Genty décide que celui des enfants, qui éprouve une éviction, ne peut pas, tant que l'ascendant existe, exercer une action en garantie contre les autres enfants ; car un donataire n'a pas droit à la garantie, et il n'est encore que donataire (p. 247 à 254 ; comp. Saintespès-Lescot, t. V, nos 1857-1858).

Cette déduction semble d'abord logique ; et on pourrait croire, à première vue, que le savant auteur du *Traité des partages d'ascendants*, ne fait que demeurer rigoureusement fidèle à la théorie, qu'il a lui-même, l'un des premiers, si bien construite, et que nous croyons, en effet, la plus solide (*supra*, nos 121-122).

Pourtant, nous ne le suivrons pas jusques à ces der-

nières conséquences ; et notre avis est, au contraire, que le privilége pour le payement de la soulte et l'action en garantie doivent appartenir, du vivant même de l'ascendant, à l'enfant, qui est créancier ou qui a éprouvé l'éviction :

1° La raison et l'équité nous paraissent, en effet, exiger cette solution.

Comment ! voilà une créance de soulte, qui naît du vivant de l'ascendant, au profit de l'un des enfants contre l'autre ; et le privilége qui doit appartenir à cette créance, ne pourrait naître qu'après sa mort ! c'est-à-dire qu'il ne naîtrait que longtemps après peut-être que la créance serait devenue exigible ! mais le privilége, qu'est-ce autre chose que la créance elle-même, *qualiter se habens!* (art. 2095).

Et l'inscription du privilége, elle ne pourrait donc être prise aussi qu'après la mort de l'ascendant ! (Genty, p. 280-281.)

Rétroagirait-elle ?

Mais cela est bien impossible à l'égard des tiers !

Et si elle ne rétroagit pas, que devient le droit de préférence (comp. Montpellier, 19 décembre 1852, Barret, Dev. 1855, II, 669.)

La même observation s'applique à l'action en garantie qui offre, en effet, beaucoup d'affinité avec le privilége pour soulte ou retour de lots et qui procède de la même origine.

C'est pourquoi nous voulons faire naître entre les enfants du vivant même de l'ascendant, le privilége et l'action en garantie.

Or nous croyons qu'il est possible d'atteindre ce résultat par deux moyens : l'un, de texte ; l'autre, de principe.

2° Si, en effet, les actions en nullité ou en rescision contre le partage entre-vifs ne s'ouvrent qu'après la mort de l'ascendant, c'est que les articles 1078 et 1079 en suspendent l'ouverture jusques à cette époque (*infra*, nos 217 et suiv.).

Or, il s'agit ici, non pas d'une action en nullité ou en rescision du partage, mais de l'exercice d'une créance privilégiée ou d'une action en garantie;

Donc, nous ne sommes pas dans les termes des articles 1078 et 1079.

3° J'ajoute que nous sommes aussi en dehors des hypothèses qu'ils ont prévues.

Ce que le législateur défend dans ces articles, c'est que l'on entreprenne de défaire, du vivant de l'ascendant, la donation qu'il a faite.

Or, tout autre est l'objet des actions qui nous occupent.

Ce n'est pas l'annulation du partage qu'elles se proposent.

Tout au contraire! c'est son maintien et son exécution qu'elles réclament! son exécution, telle que l'ascendant a entendu qu'elle devrait avoir lieu de son vivant même.

Est-ce que, en effet, la commune intention des parties, de l'ascendant et des enfants, n'est pas, certainement, que cette donation produise toutes les conséquences qui résultent de l'exécution actuelle, qu'elles entendent lui procurer! (Comp. Cass., 4 juin 1849, Flandrin, Dev. 1849, I, 487; Montpellier, 19 déc. 1852, cité *supra*; Grenier, *des hypoth.*, t. II, n° 407; Troplong, *des hypoth.*, t. I, n° 315; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 232; D., *Rec. Alph.; h. v.*, n° 4569.)

135. — Mais voici ce que l'on nous objecte :

Que ferez-vous, si celui des enfants qui est créancier de la soulte ou qui éprouve l'éviction, renonce ensuite à la succession de l'ascendant? lui accorderez-vous le privilége et l'action en garantie?

Et s'il accepte, lui accorderez-vous le privilége et l'action en garantie, contre ceux des autres enfants, qui auraient renoncé, eux, à la succession de l'ascendant?

Nous croyons qu'il faut, d'après la solution qui précède, répondre affirmativement sur l'un et sur l'autre point; et que le privilége et l'action en garantie existeront

entre les enfants, activement et passivement, lors même qu'ils n'accepteraient pas la succession de l'ascendant.

Car si le privilége et l'action en garantie existent avant sa mort, c'est qu'ils sont indépendants de l'ouverture de la succession et de la renonciation, que les enfants pourraient y faire.

Nous savons bien le parti que les adversaires de notre doctrine peuvent tirer de ceci, et qu'ils n'ont pas manqué, en effet, de l'accuser de contradiction ! (Genty, p. 249 et suiv.).

Mais, à vouloir présenter, sur cette matière, une théorie tout d'une pièce, et qui ne ferait aucune concession, nous sommes convaincu que l'on arriverait fatalement à des résultats contraires à la raison, à l'équité, et par conséquent à la commune intention de toutes les parties (comp., *infra*, n° 153.)

136. — Dans leurs rapports avec les tiers, c'est uniquement comme donataires, que les enfants doivent être considérés.

Aussi, le partage entre-vifs forme-t-il, en effet, au profit des enfants, la cause et le principe d'une possession nouvelle distincte de la possession de l'ascendant, et qui leur permet d'invoquer la prescription, soit de trente ans, soit de dix ou vingt ans (art. 2262, 2265 ; comp. *supra*, n° 117 ; Genty, p. 269-270.

137. — Que l'article 883 leur soit généralement applicable, cela est évident !

Et, en conséquence, les enfants étant censés ne s'être réciproquement rien transmis, ne sauraient demander, les uns contre les autres, la résolution de la donation, pour cause d'inexécution des conditions (Comp. Cass. 4 juin 1849, Flandrin, Dev. 1849, I, 487.)

De même que les tiers ne sauraient prétendre, du chef de l'un d'eux, aucun droit sur les biens compris dans le lot des autres (*supra*, n° 114.)

138. — Mais pourtant s'il se trouvait, parmi les

enfants, une femme mariée sous le régime dotal, avec cette condition que le prix de ses immeubles dotaux ne pourra être reçu par le mari qu'à la charge d'un remploi, l'article 883 lui serait-il applicable dans ses rapports avec son mari?

L'affirmative semble résulter du principe que nous venons de poser; et nous croyons, en effet, qu'il faudrait l'admettre, dans le cas où l'ascendant ayant donné en même temps des meubles et des immeubles, la femme prétendrait seulement que la part qui lui a été faite dans les immeubles, n'est pas égale à celle qui a été faite à ses frères et sœurs.

Mais, lorsque la donation ne comprend, au contraire, que des immeubles, ne serait-ce pas se conformer à la volonté de l'ascendant que d'obliger le mari à un remploi de la somme que les autres enfants sont chargés de payer à sa femme, à titre de soulte, pour sa part dans les immeubles? n'est-il pas permis de voir là un effet actuel de la donation, considérée comme telle, eu égard à son caractère collectif?

Nous le croyons ainsi (nos 118 et 134-135; *voy.* néanmoins Cass., 4 juin 1849, *supra*, n° 137; Genty, p. 284).

138 *bis.* — 2° Il nous reste à exposer les effets du partage entre-vifs, à la seconde époque, c'est-à-dire après la mort de l'ascendant (*supra*, n° 131).

Le partage d'ascendant entre-vifs doit être, avons-nous dit, considéré comme une donation collective par avancement d'hoirie.

Et, par conséquent, il faut appliquer les règles qui gouvernent, après la mort de l'ascendant, la donation faite par lui, à titre d'avancement, à ses enfants.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

Ou tous les enfants survivent et acceptent sa succession;

Ou, parmi les enfants, il y en a qui ne viennent pas à sa succession, pour cause de prédécès, de renonciation ou d'indignité.

Examinons-les successivement.

139. — *a.* L'ascendant est mort; et sa succession est ouverte.

Eh bien! le caractère de partage, qui, dans la donation entre-vifs, faite par l'ascendant, n'avait été jusque-là que futur et éventuel, le voilà qui se déclare et se réalise!

Les donataires, venant à la succession, sont dès lors des héritiers copartagés.

Et, en conséquence, toutes les actions que les enfants considérés comme héritiers copartagés peuvent avoir le droit d'exercer contre cette donation-partage, en nullité, en réduction ou en rescision, sont aussi, dès ce moment, ouvertes.

140. — Mais, pour cela, bien entendu, il faut que la donation subsiste encore!

Car le sort du partage est lié au sort de la donation; et il est évident que, si l'acte avait été annulé comme donation, il ne saurait avoir d'existence comme partage! (art. 1706, *supra;* n° 123).

141. — Pas de difficulté, si l'annulation ou la révocation de la donation a été totale, c'est-à-dire si elle a été prononcée contre tous les enfants.

Mais que décider, si elle n'a été que partielle?

C'est, par exemple, contre l'un ou quelques-uns de ses enfants seulement, que l'ascendant en a fait prononcer la nullité ou la révocation soit pour cause de dol, soit pour cause d'inexécution de conditions, ou pour cause d'ingratitude.

Et la donation a continué de subsister à l'égard des autres.

Quel sera, lors de sa mort, l'effet de cette révocation partielle?

M. Genty enseigne que « l'anéantissement de la dona-
« tion, par suite de la révocation prononcée contre l'un
« des enfants, n'est pas absolu, mais simplement relatif;
« l'acte, dit-il, est anéanti contre lui, non en sa faveur; »

d'où il conclut que les autres enfants ont le choix ou de demander un nouveau partage, ou de demander l'exécution du partage fait par l'ascendant, à la charge, dans ce dernier cas, de laisser leur cohéritier reprendre, dans la masse de la succession, les biens qui lui avaient été attribués (p. 281, 282).

Si équitable que cette solution puisse paraître, elle n'est pas, suivant nous, juridique ; et nous croyons que les articles 1076 et 1078 exigent que le partage tout entier soit considéré comme nul :

D'après l'article 1076, en effet, le partage ne peut subsister qu'autant que la donation elle-même subsiste ; car la donation, c'est le partage ! or, la révocation qui a été prononcée contre l'un des enfants, a détruit la donation en ce qui le concerne ; elle l'a détruite, non pour un temps, mais pour toujours ! et nous ajoutons : non pas d'une manière relative, mais d'une manière absolue (art. 953 et suiv.).

Que reste-t-il donc ?

Que le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existent à l'époque du décès ;

Donc, il est nul, d'après l'article 1078.

Telle est, en effet, la conclusion, à laquelle nous nous sommes arrêté dernièrement dans une espèce, où cette question se présentait (comp. *Observations pratiques*, par M. Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1867, p. 894 et suiv.).

142. — Les enfants sont devenus, disons-nous, par la mort de l'ascendant, des héritiers copartagés (*supra*, n° 139).

Ce n'est pas à dire, pourtant, que, en acquérant le titre nouveau d'héritiers, ils perdent leur ancien titre de donataires !

Ils le conservent toujours au contraire, soit à l'égard des tiers, soit même, sous un certain point de vue, les uns à l'égard des autres.

A l'égard des tiers, cela est incontestable! car c'est bien et dûment à titre de donation entre-vifs, que chacun des enfants a été saisi des biens que son ascendant lui a transmis; et par conséquent, il en a été saisi, comme tout donataire entre-vifs, actuellement et irrévocablement! (*supra*, n° 136).

L'ouverture de la succession de l'ascendant donateur et l'acceptation de cette succession par l'enfant donataire ne sont point, en effet, des causes de résolution de la donation entre-vifs; et cela, lors même qu'elle a été faite expressément à titre d'avancement d'hoirie.

Les biens, que l'ascendant a partagés entre-vifs entre ses enfants, se trouvent donc, à l'époque de sa mort, en dehors de sa succession, relativement aux tiers (art. 857, 921).

D'où il suit notamment :

1° Qu'ils ne forment pas le gage des créanciers de l'ascendant, si les enfants se portent héritiers bénéficiaires (art. 802);

2° Que les legs, qui auraient été faits par l'ascendant même dans les limites de la quotité disponible, ne pourront pas recevoir leur exécution sur les biens partagés; sauf le droit, d'ailleurs, pour les légataires, d'en demander la réunion fictive à la masse pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve;

3° Que l'acte de donation continuera de former, au profit de chacun des enfants, un titre d'acquisition, qui sera, pour lui, après comme avant l'ouverture de la succession, la cause d'une possession distincte de celle de l'ascendant.

143. —Nous venons de dire que les enfants devenus héritiers, conservent eux-mêmes, sous un certain point de vue, les uns à l'égard des autres, leur titre de donataires.

C'est ainsi que leur titre nouveau d'héritiers n'engendre pas l'obligation du rapport.

La raison en est simple, puisque, précisément, la donation a été faite par l'ascendant, afin de prévenir entre eux, la nécessité du partage.

C'est-à-dire qu'elle a été faite avec dispense de rapport, et qu'elle continue, même après le décès de l'ascendant, à exister, entre eux, comme donation entre-vifs.

144. — M. Genty en a conclu aussi que, dans le cas où l'ascendant avait, au moment de sa mort, contre l'un de ses enfants, une action en nullité ou en révocation de la donation, cette action pourra être exercée de son chef, par les autres enfants, et que, si elle réussit, elle entraînera la nullité du partage lui-même (p. 282-283).

Cette conséquence nous paraît, en effet, résulter du principe que le partage n'existe que par la donation, et que la donation forme encore, à certains égards, même après l'ouverture de sa succession, dans la personne de chacun des enfants, un titre distinct de son titre d'héritier (comp. *infra*, n° 152, 154).

145. — Mais, d'ailleurs, sous les autres points de vue, ce qui prédomine désormais, dans les relations réciproques des enfants, c'est ce caractère nouveau de partage, qui vient de s'ajouter à la donation.

Et, à ce moment, en effet, toutes les opinions sont unanimes pour reconnaître :

Et le privilége pour les soultes et retour de lots;

Et l'obligation de garantie;

Et l'effet déclaratif de partage;

Et les actions en nullité, en rescision, ou en réduction!

146. — *b*. Supposons maintenant que l'un des enfants est décédé avant l'ascendant.

Il est alors impossible que la donation revête, en ce qui le concerne, le caractère d'un partage de succession.

Quel sera donc, lors du décès de cet enfant, le sort des biens qui lui ont été attribués?

Deux hypothèses sont à examiner :

1° Celle où il n'a pas laissé d'enfants;

2° Celle où il a laissé des enfants par lesquels il est représenté dans la succession de l'ascendant, qui a fait le partage.

1° Que deviendront, dans la première hypothèse, les biens, qui formaient son lot?

Appartiendront-ils aux autres enfants, par droit d'accroissement, en vertu de l'article 786 ?

Mais l'article 786 n'établit l'accroissement qu'au profit des *cohéritiers ;* or, l'enfant prédécédé n'était pas héritier, et il n'a jamais pu l'être!

Dirons-nous que la donation sera, en ce qui le concerne résolue par son prédécès, et que les biens, qui formaient son lot, rentreront dans le patrimoine de l'ascendant?

Mais la donation, qui lui a été faite par l'ascendant, était pure et simple! aucune clause de retour, nous le supposons, n'y avait été insérée; et par conséquent, on ne peut prétendre qu'elle a été résolue par le prédécès de l'enfant donataire; on ne le pourrait qu'en vertu de l'ancienne théorie d'après laquelle les donations en avancement d'hoirie étaient présumées faites sous la condition de survie du donataire; théorie rejetée universellement dans notre droit moderne, et avec grande raison! (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 57.)

Que conclure donc? c'est que l'enfant prédécédé est resté ce qu'il était, à savoir : un donataire entre-vifs, et que, dès lors, il a transmis à ses successeurs, quels qu'ils soient, légitimes ou testamentaires, les biens qui lui ont été donnés, qu'il les a transmis de la même manière que les biens qui pouvaient lui appartenir en vertu d'une autre cause. L'ascendant donateur pourra sans doute recueillir les biens par lui donnés ; mais ce sera comme héritier, en vertu de l'article 747 et sous les conditions déterminées par cet article, c'est-à-dire en vertu d'un titre, qui implique lui-même le maintien de la donation.

Nous avons dit, il est vrai, que le partage ne peut pas valoir indépendamment de la donation ; c'est ce qui résulte de l'article 1076.

Mais nulle part la loi n'ajoute que la donation ne peut pas valoir, indépendamment du partage! (*Supra*, n° 123.)

C'est ainsi que la donation individuelle faite par un père à l'un de ses enfants, même avec la clause expresse d'avancement d'hoirie, n'en est pas moins considérée comme pure et simple; d'où il suit qu'elle n'est pas résolue par le prédécès du donataire, quoiqu'il ne puisse pas venir à la succession du donateur;

Or, la donation, par laquelle un ascendant fait entre-vifs le partage de ses biens entre ses enfants, n'est finalement qu'un ensemble d'avancements d'hoirie!

Nous savons bien que, dans notre ancienne jurisprudence coutumière, le lot attribué à un démissionnaire prédécédé sans enfants, accroissait aux lots des démissionnaires survivants (comp. le tome V, n° 688).

Mais notre Code n'a pas reproduit cette disposition; et c'est une conséquence toute contraire qui résulte du principe nouveau, que l'article 1076 a posé, en décidant que le partage entre-vifs ne peut être fait qu'avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs; or, à la différence de la démission de biens qui était révocable, la donation entre-vifs est irrévocable!

La doctrine que nous proposons, semblerait avoir été méconnue dans quelques décisions judiciaires (comp. Caen, 10 mai 1852, Chauvin, Dev., 1853, II, 74; Douai, 10 novembre 1853, Lebon, Dev., 1854, II, 17).

Il est vrai que ces décisions paraissent avoir été rendues, en fait, par interprétation de la volonté des parties; mais néanmoins, nous devons dire que les principes sur lesquels elles sont fondées, ne sont pas, suivant nous, très-sûrs.

D'autres autorités, d'ailleurs, confirment la doctrine que nous venons de présenter. (Comp. Angers, 15 juill. 1847, Brulé, Dev., 1848, II, 273; Montpellier, 7 fév. 1850, Cazenave, Dev., 1850, II, 561; Agen, 16 févr. 1857, Sempé, Dev., 1857, II, 103; Agen, 1er juin 1858, Régimbeau, Dev., 1858, II, 417; Devilleneuve, *Observations*, 1849,

II, 193; et 1854, II, 417; Genty, p. 285 et 309; Troplong, t. IV, n° 2318; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 227; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, IV.)

147. — 2° L'enfant prédécédé a laissé des enfants.

Faut-il, dans ce cas, appliquer l'article 1078, et déclarer nul le partage, par le motif qu'ils n'y ont pas été compris?

Certainement non!

De deux choses l'une, en effet :

Ou ces enfants, les petits-enfants de l'ascendant, qui a fait le partage, ne viennent pas à sa succession, parce qu'ils renoncent, ou qu'ils sont exclus comme indignes; et alors, comme il n'est pas nécessaire qu'ils soient compris dans le partage, puisqu'ils ne sont pas héritiers, l'article 1078 est inapplicable.

Ou ils viennent à la succession; et alors, en effet, il est nécessaire, aux termes de l'article 1078, qu'ils soient compris dans le partage; mais ils s'y trouvent compris, dans la personne de leur auteur, par représentation duquel ils viennent à la succession!

D'après les principes de la représentation, le représentant ne peut avoir que les mêmes droits, ni plus ni moins, que le représenté aurait eus (art. 739, 848; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n°s 432 et 437; t. IV, n° 196);

Or, le représenté avait reçu entre-vifs les biens, qui devaient former plus tard sa part héréditaire, s'il venait à la succession de l'ascendant donateur;

Donc, ces biens doivent aussi former le lot de ses enfants, qui le représentent dans cette succession.

Cette solution, très-logique, n'a rien aussi que de très-équitable, lorsque les enfants de l'enfant prédécédé, ayant accepté sa succession, ont recueilli, eux-mêmes, les biens donnés; auquel cas, pourtant, il est à remarquer qu'ils les ont recueillis, eux, non pas comme donataires de l'ascendant, mais seulement comme héritiers de l'enfant donataire.

Mais il la faut, d'ailleurs, maintenir également, lorsque les enfants de l'enfant prédécédé, ayant renoncé à sa succession, n'ont pas profité des biens que l'ascendant lui avait donnés.

L'article 848 est formel ; et cette conséquence est commandée par les principes de la représentation.

Il faut en conclure que les petits-enfants, dans tous les cas, soit qu'ils aient accepté la succession de l'enfant prédécédé, soit qu'ils y aient renoncé, sont à considérer, dans leurs relations avec les autres enfants, comme s'ils avaient été eux-mêmes donataires du lot qui a été fait à leur auteur; et que par conséquent, ils ont droit d'intenter toutes les actions en nullité, en rescision, en réduction, ou en garantie, que leur auteur aurait pu intenter ; de même que ces actions peuvent être intentées contre eux.

Les résultats de cette doctrine pourraient, il est vrai, dans certains cas, paraître singuliers, surtout en ce qui concerne l'obligation réciproque de garantie; mais nous croyons qu'ils sont inévitables (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 227; Genty, p. 228, 295 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 246 *bis*, II).

148. — Ce que nous venons de dire du prédécès de l'un des enfants, s'applique aussi à sa renonciation.

Et d'abord, que les enfants, qui ont accepté le partage que leur ascendant a fait, entre eux, de ses biens par donation entre-vifs, puissent ensuite, lors de son décès, renoncer à sa succession, cela est d'évidence.

On l'admettait ainsi, dans notre ancien droit coutumier, relativement à la démission des biens, qui figurait pourtant, bien plus que notre partage entre-vifs, une sorte d'ouverture anticipée de la succession du démettant (comp. le tome V, n° 688).

A plus forte raison, en est-il de même sous notre Code (art. 785, 1076).

Or, aux termes de l'article 845, l'héritier, qui renonce,

peut cependant retenir le don entre-vifs à lui fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible;

Donc, l'enfant, qui renonce, peut retenir, en effet, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, les biens qui lui ont été attribués par la donation entre-vifs, au moyen de laquelle l'ascendant a fait le partage de ses biens.

La Cour de Caen semblerait avoir rendu une décision contraire (10 mai 1852, Chauvin, Dev., 1853, II, 74).

Mais nous avons déjà remarqué que cet arrêt paraît avoir été déterminé par des circonstances particulières; et nous ajoutons qu'il a été rendu à l'époque où l'enfant renonçant pouvait, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, retenir cumulativement sa réserve et la quotité disponible; résultat inique, qui a pu exercer une grande influence sur l'arrêt, dont l'évidente préoccupation a été certainement de l'empêcher! (Voy. aussi *infra*, n° 170.)

Ce résultat n'est plus maintenant, Dieu merci! possible; et il n'est pas nécessaire de dévier des principes pour y faire obstacle.

Concluons donc que l'enfant renonçant peut rétenir la quotité disponible, comme tout donataire étranger pourrait faire.

Oui! mais aussi, rien que la quotité disponible.

Et, en conséquence, il ne serait pas fondé à invoquer l'article 1079, d'où nous verrons qu'il pourrait résulter que l'un des enfants copartagés, s'il acceptait la succession, aurait, dans son lot, une part de la réserve des autres enfants!

Quoi qu'il en soit, cette faculté, pour l'enfant donataire, de conserver, en renonçant, les biens qui lui ont été attribués, est une des preuves les plus notables de la différence qui distingue le partage entre-vifs d'avec le partage testamentaire! (*Supra*, n° 102; comp. Genty, p. 285-287.)

149. — Enfin, nous appliquons à l'indignité de suc-

céder, ce que nous venons de dire du prédécès et de la renonciation (*supra*, n° 146, 147).

Si donc il arrive que l'un des enfants, sur la demande des autres enfants, soit exclu, comme indigne, de la succession de l'ascendant, il devient, comme le renonçant, étranger à la succession.

C'est-à-dire qu'il reste *après* ce qu'il était *avant ;* or, il était donataire entre-vifs; et, par conséquent, il peut, comme le renonçant, retenir, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, les biens qui lui ont été attribués (comp. le tome II de ce *Traité,* n° 101 ; Genty, p. 286).

150. — Les enfants prédécédés, renonçants, ou qui sont exclus comme indignes, ne devenant pas héritiers, demeurent, avons-nous dit, seulement donataires.

Et la donation n'acquiert pas, en ce qui les concerne, le caractère d'un partage de succession.

De là résultent deux conséquences, en sens inverse :

D'une part, qu'ils ne peuvent exercer contre les autres enfants, pas plus que les autres enfants ne peuvent exercer contre eux, les actions en nullité ou en rescision, qui tendraient à détruire la donation, par le motif qu'elle ne réunirait pas les conditions légales pour valoir, entre héritiers, comme un partage de succession;

D'autre part, qu'ils peuvent, au contraire, exercer contre les autres enfants, comme les autres enfants peuvent exercer contre eux, les actions qui tendent à faire valoir la donation telle qu'elle a été faite par l'ascendant, et qu'elle continue de subsister entre eux.

151. — C'est ainsi qu'il ne pourrait y avoir lieu, soit contre les enfants qui ne viennent pas à la succession, soit à leur profit, ni à l'action en nullité fondée sur l'article 1078, ni à l'action en rescision pour cause de lésion fondée sur l'article 1079.

L'acte n'est plus, en ce qui les concerne, qu'une donation ; et, dès lors, l'ascendant a pu la faire comme il a voulu !

A quel titre, en effet, et en vertu de quel droit cet enfant, qui n'est pas héritier, mais simplement donataire, pourrait-il se dire lésé!

152. — Mais, aussi réciproquemont, les enfants, qui ne viennent pas à la succession, n'en continuent pas moins d'avoir tous les droits, comme d'être tenus de toutes les obligations, qui résultent de la donation elle-même, telle qu'elle a été faite par l'ascendant.

Si donc les autres enfants avaient été chargés de leur payer une somme à titre de soulte, ou autrement, ils en demeureraient créanciers.

De même qu'ils demeureraient débiteurs des sommes qu'ils auraient été chargés de payer aux autres enfants; et, par conséquent, ils seraient toujours aussi obligés, quoique ne devenant pas héritiers de l'ascendant, de payer celles de ses dettes qui auraient été mises à leur charge par l'acte de donation (comp. Genty, p. 287-288).

153. — C'est par le même motif que nous avons pensé que l'obligation réciproque de garantie continue d'exister entre ceux des enfants qui ne deviennent pas héritiers de l'ascendant, et ceux qui le deviennent (*supra*, nos 134-135).

Il nous semble que cette obligation dérive de la donation elle-même, telle que l'ascendant a voulu la faire; car, l'action qui en résulte, loin de tendre à l'anéantir, ne fait qu'en réclamer l'exécution, conformément à la volonté de l'ascendant!

Et si on suppose, ce qui serait très-possible, que l'un des enfants ait renoncé à la succession, afin de se soustraire à l'obligation de garantie, dont il était tenu envers les autres, ne sera-ce pas une conséquence très-plausible de notre doctrine, qu'il ne puisse pas changer ainsi, par son fait, le caractère corrélatif et réciproquement conditionnel des donations que l'ascendant avait faites, en même temps, à chacun d'eux?

154. — Les enfants qui viennent à la succession de

l'ascendant, peuvent d'ailleurs aussi exercer, contre ceux qui n'y viennent pas, toutes les actions en nullité ou en révocation de la donation, considérée comme telle, que l'ascendant aurait pu exercer, et qui existeraient encore dans sa succession, à l'époque de son décès (art. 953, 954, 957).

Et voilà comment il se pourrait que l'un des enfants fût tout à la fois exclu de la succession pour cause d'indignité et privé de la donation par l'effet de la révocation pour cause d'inexécution des conditions ou pour cause d'ingratitude (art. 727, 954).

155. — On peut, enfin, supposer le cas où tous les enfants, apportionnés entre-vifs, seraient prédécédés, renonçants ou exclus comme indignes.

Aucun d'eux ne devenant alors héritier, le partage, en tant que partage de succession, serait à considérer comme non avenu, à moins que les prédécédés ne fussent représentés par leurs enfants dans la succession (*supra*, n° 147).

Et il ne resterait qu'un ensemble de donations par avancement d'hoirie, qui produiraient :

Soit entre les codonataires, les uns à l'égard des autres, les effets que nous venons de signaler (*supra*, n°s 150-152);

Soit entre les donataires et les héritiers, qui accepteraient la succession, les effets ordinaires de la donation entre-vifs (comp. Genty, p. 288).

§ III.

Des actions en nullité, en rescision, ou en réduction, auxquelles le partage d'ascendant peut donner lieu.

SOMMAIRE.

156. — Trois points nous restent à examiner sur cette importante matière ; à savoir :

A. Quelles sont les actions en nullité, en rescision, ou en réduction, auxquelles le partage d'ascendant peut donner lieu?

B. A quelle époque s'ouvrent ces différentes actions; et quelle en est la durée?

C. Quels sont les effets de la nullité ou de la rescision du partage d'ascendant?

A. — *Quelles sont les actions en nullité, en rescision, ou en réduction, auxquelles le partage d'ascendant peut donner lieu.*

SOMMAIRE.

157. — Des causes générales de nullité ou de rescision, dont le partage d'ascendant peut être affecté, d'après les règles du droit commun. — Observation. — Renvoi.
158. — Des causes de nullité ou de rescision, spéciales au partage d'ascendant. — Exposition.
159. — I. La première cause de nullité est celle qui résulte de ce que le partage n'aurait pas été fait entre tous les enfants, qui existent à l'époque du décès, et les descendants des enfants prédécédés.
160. — L'époque du décès de l'ascendant est la seule à laquelle on doive s'attacher pour savoir si le partage a été fait entre tous ceux qui devaient y être compris. — Conséquences.
161. — Suite.
161 *bis*. — Suite.
162. — Suite.
163. — Suite. — Les descendants de l'enfant prédécédé sont censés avoir été apportionnés eux-mêmes dans la personne de l'enfant qu'ils représentent.
164. — Suite.
165. — *Quid*, si l'ascendant, ayant compris, dans son partage, tous les enfants, ainsi que les descendants de ceux prédécédés, n'avait pas observé, dans la distribution de ses biens, la quotité proportionnelle des vocations héréditaires de chacun d'eux?
166. — Du cas où l'ascendant aurait omis de comprendre, dans son partage, un donataire de biens à venir ou un légataire?
167. — Le partage, inficié de la cause de nullité dont il s'agit, est *nul pour le tout*. — Explication.
168. — Suite.
169. — Suite.
170. — Suite.
171. — Suite.
171 *bis*. — Suite.
172. — II. La seconde cause de nullité ou de rescision est celle qui résulte de ce que l'un des copartagés serait lésé de plus du quart. — Explication.

157. — Nous n'avons pas ici à nous occuper des causes de nullité ou de rescision, dont le partage d'ascendant pourrait être affecté d'après le droit commun, soit, par exemple, pour vices de formes du testament ou de la donation entre-vifs par lequel il aurait été fait, soit pour vices du consentement des parties ou de l'une d'elles, tels que dol ou violence.

Il suffit, sur tous ces points, de se référer, en effet, au droit commun, qui est applicable au partage d'ascendant comme à toutes les autres dispositions (comp. Lyon, 30 août 1848, Miraud, D., 1849, II, 57; Bordeaux, 30 juin 1850, Laubier, D., 1852, II, 132).

158. — Les causes de nullité ou de rescision, qui doivent être l'objet de notre étude, sont celles-là seulement qui concernent le partage d'ascendant considéré comme tel.

Or, il résulte des articles 1078 et 1079, que notre Code

a formellement établi trois causes de nullité ou de rescision de ce partage, à savoir :

I. La nullité résultant de ce que le partage n'a pas été fait entre tous les enfants existant à l'époque du décès de l'ascendant;

II. La rescision pour cause de lésion de plus du quart;

III. La rescision pour cause d'atteinte à la réserve;

Ces causes de nullité ou de rescision sont d'ailleurs applicables, sans distinction, au partage entre-vifs et au partage testamentaire; il n'y avait, en effet, aucune raison de distinguer, à cet égard, l'un de l'autre;

IV. Nous verrons s'il ne faut pas admettre encore une quatrième cause de nullité ou de rescision, qui résulterait de l'inégale répartition, dans les différents lots, des meubles et des immeubles partagés.

159. — I. L'article 1078 est ainsi conçu :

« Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui « existeront à l'époque du décès et les descendants de « ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il « en pourra être provoqué un nouveau dans la forme « légale, soit par les enfants et descendants, qui n'y au- « ront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui « le partage aurait été fait. »

La cause de cette nullité est bien simple; c'est que le partage d'une succession ou plus généralement d'une masse commune, ne peut être fait qu'avec le concours de tous les cohéritiers ou de tous les communistes; ce qui revient à dire, plus simplement encore, qu'on ne peut pas disposer de la chose d'autrui (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 505).

C'est ici qu'apparaît surtout le caractère particulier du partage d'ascendant, d'où il résulte que la loi le considère, en effet, comme une institution spéciale, distincte de la faculté qu'elle accorde aux père et mère de disposer, par préciput, au profit de l'un ou de plusieurs de leurs

enfants, et dans laquelle prédomine, au contraire, le principe d'égalité, qui est la base de tout partage (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 700).

160. — L'époque du décès de l'ascendant, qui a fait le partage, est la seule à laquelle on doive s'attacher pour savoir s'il a été fait entre tous ceux qui devaient y être compris.

La preuve en résulte :

D'abord, du texte de l'article 1078, qui est très-explicite : « Si le partage n'a pas été fait entre tous les en- « fants, *qui existeront à l'époque du décès...* » etc.;

Et aussi, des principes généraux que cet article ne fait que consacrer.

Cela est d'abord d'évidence, dans le cas où le partage a été fait par testament, puisque ce n'est qu'à l'époque du décès qu'il se réalisera (art. 895).

Mais il en est d'ailleurs de même, dans le cas où le partage a été fait par donation entre-vifs, puisque ce n'est aussi qu'à l'époque du décès que cette donation peut revêtir le caractère d'un partage de succession.

De là cette double conséquence, également exacte en sens inverse :

D'une part, que le partage peut être nul, quoiqu'il ait compris tous les enfants, qui devaient y figurer à l'époque de sa confection ;

Et, d'autre part, qu'il peut être valable, quoiqu'il n'ait pas compris tous ceux qui devaient y figurer à cette époque.

C'est ainsi que l'omission d'un enfant né postérieurement au partage, en entraîne la nullité; et cela, lors même qu'il s'agirait d'un posthume (art. 725, 906, 1078);

Tandis que, au contraire, l'exclusion d'un enfant existant à l'époque de la confection du partage, n'en empêcherait pas la validité, si cet enfant était décédé avant l'ouverture de la succession; et il en serait de même *a*

fortiori, si un enfant né postérieurement au partage, était lui-même décédé avant l'ascendant (comp. Duranton, t. IX, n°s 639-640; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 225, 226).

161. — Ce que nous venons de dire du prédécès, est également vrai de la renonciation ou de l'exclusion pour cause d'indignité, par suite desquelles un enfant, omis dans le partage, ne viendrait pas à la succession de l'ascendant.

Objectera-t-on que l'article 1078 ne considère que le fait même de l'existence des enfants : *qui existeront*, dit-il, *à l'époque du décès....*

Mais évidemment, c'est leur existence, eu égard à l'ouverture de la succession, et au droit héréditaire qui en résulte pour eux, qu'il considère !

Or, l'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais existé, relativement à la succession ; et il en est de même de l'héritier qui en a été exclu comme indigne (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 57; Delvincourt, t. II, p. 152; Duranton, t. IX, n° 638 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 226; Genty, p. 299; Colmet de Santerre, t. IV, n° 246 *bis* I; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1827).

161 *bis*. — Maintenant, quels sont ceux qui doivent être compris dans le partage d'ascendant?

Nous avons déjà exposé cette thèse (comp. le tome V, n°s 696 et suiv.) ; et il nous suffira de la rappeler brièvement.

D'après l'article 1078, le partage doit comprendre *les enfants*.

Donc, tous les enfants légitimes ou légitimés ; — adoptifs ; — ou même naturels, lorsqu'ils ont été légalement reconnus (comp. Ancelot sur Grenier, t. III, n° 397, note *a;* Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1828).

Car ils ont tous le droit de venir à la succession et d'en réclamer le partage ;

Et, par conséquent, pour qu'ils n'aient pas le droit de

le réclamer, il faut qu'ils aient été compris dans le partage qui en a été fait. (Comp., toutefois, *infra*, n° 198).

162. — L'article 1078 ajoute : *et les descendants de ceux prédécédés.*

Ces termes, pris à la lettre, ne s'appliqueraient qu'au cas où les petits-enfants viennent, par représentation, à la succession de l'ascendant qui a fait le partage.

Mais il est évident qu'il a été dans la volonté du législateur d'appliquer aussi cette disposition à l'hypothèse où les petits-enfants viendraient, de leur chef, à la succession de l'ascendant, par suite de la renonciation des enfants du premier degré ou de leur exclusion pour cause d'indignité; car ils sont, dans un cas comme dans l'autre, les héritiers de l'ascendant (comp. le tome V, n° 707; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 227; Genty, p. 299).

163. — Ajoutons, toutefois, en ce qui concerne les descendants d'un enfant prédécédé, que, pour que leur omission soit une cause de nullité du partage, il faut que l'enfant qu'ils représentent, ait été omis lui-même; c'est-à-dire qu'il faut que la branche tout entière se trouve en dehors du partage.

Si donc cet enfant y avait été compris, ses descendants seraient à considérer comme ayant été apportionnés dans la personne de leur auteur.

C'est ce que nous avons expliqué plus haut, soit pour le partage testamentaire (nos 109, 110), soit pour le partage entre-vifs (nos 146, 147).

164. — Un ascendant, ayant deux enfants et trois petits-enfants d'un enfant prédécédé, a partagé d'abord ses biens entre eux, par tiers; mais ensuite, dans la subdivision qu'il a faite du tiers qu'il attribuait à ses petits-enfants, il a omis l'un d'eux; et il n'a fait que deux lots au lieu de trois.

Le partage est-il nul, aux termes de l'article 1078?

Oui, certainement, en ce qui concerne la subdivision

du tiers dans la souche à laquelle appartient le descendant omis.

Mais pourquoi le partage principal en trois souches serait-il nul aussi?

Nous ne l'apercevons pas; car ce partage est régulier; et l'ascendant y a compris tous ceux qu'il y devait comprendre, à savoir : ses deux enfants et la souche qui représentait son enfant prédécédé. (Arg. de l'article 836 ; comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 676 ; Genty, p. 304; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 306, note *a;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1834).

165. — Que faudrait-il décider, si l'ascendant, ayant compris dans son partage tous ses enfants ainsi que les descendants de ceux prédécédés, n'avait pas observé, dans la distribution de ses biens, la quotité proportionnelle des vocations héréditaires de chacun d'eux?

Il avait, par exemple, un enfant et quatre petits-enfants d'un autre enfant prédécédé; et il a fait entre eux cinq lots d'une égale valeur, comme s'ils étaient tous appelés par tête.

Notre avis est que ce partage sera nul.

Mais l'article 1078 ne prononce la nullité que pour cause d'omission de l'un des ayants droit!

Nous répondons que l'article 1078 ne fait qu'appliquer à notre matière l'une des règles essentielles du partage, et qu'il suppose, par cela même, que les autres règles du même genre y sont pareillement applicables.

Or, c'est aussi une règle essentielle du partage d'une succession que la division des biens soit faite en raison des droits héréditaires de chacun! Comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n°s 388 et 406.)

Ce qui est vrai, sans doute, c'est qu'il ne faudrait pas induire cette cause de nullité de la seule circonstance que la valeur réelle des lots ne correspondrait pas exactement à la quotité de la vocation héréditaire de chacun des enfants ou descendants; car il pourrait n'y avoir là

qu'une lésion d'où il ne résulterait qu'une action en rescision.

Mais si les termes mêmes de l'acte annoncent, au contraire, que l'ascendant a entendu établir son partage d'après une base qui n'est pas en harmonie avec la quotité des droits héréditaires de ses enfants, il faut dire que cette base est fausse, et que le partage doit tomber.

M. Genty cite encore, avec raison, comme exemple de cette proposition, le cas où l'ascendant, après avoir attribué à un enfant naturel la portion qui devait lui revenir en cette qualité, lui aurait ensuite, en le légitimant par un mariage subséquent, donné droit à la portion d'un enfant légitime (p. 298).

166. — Nous avons d'ailleurs remarqué déjà que le partage d'ascendant serait nul, de même que pour cause d'omission d'un héritier légitime ou d'un successeur irrégulier, pour cause d'omission de tout successeur quelconque à titre universel, tel qu'un donataire de biens à venir ou un légataire.

Est-ce aussi une application du texte de l'article 1078?

Non pas précisément de son texte, qui n'a trait qu'aux enfants ou descendants.

Mais, du moins, est-ce une application de la règle essentielle qu'il consacre, à savoir : qu'un partage ne peut avoir lieu qu'avec le concours de tous les ayants droit (*voy.*, toutefois, *infra*, n° 197).

167. — Le partage d'ascendant, qui est inficié du vice que nous étudions, est *nul pour le tout*, dit l'article 1078.

C'est que, en effet, il pèche par sa base!

Aussi, notre texte déclare-t-il qu'il est *nul* et non pas seulement *annulable;* nul donc *de plein droit*, sans qu'il soit nécessaire (dans ce cas particulier) de former en justice une action en nullité ou en rescision. (Comp. art. 1117; notre *Traité des Successions*, t. V, n° 400.)

Telle est bien la conséquence que la loi en déduit elle-même, lorsqu'elle ajoute : *qu'il pourra en être provoqué un nouveau dans la forme légale.*

Cette conséquence d'ailleurs est facile à justifier, en ce qui concerne les enfants ou descendants qui ont été omis dans le partage; car ce partage est, en ce qui les concerne, *res inter alios acta* (arg. de l'art. 1165) ; et l'action qu'ils exercent n'est autre qu'une action ordinaire en pétition d'hérédité ou en partage, suivant le droit commun ; aussi, toutes les opinions paraissent-elles s'accorder sur ce point (comp. Delvincourt, t. II, p. 152; Duranton, t. IX, n° 643 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 228; Troplong, t. IV, n° 2525).

168. — Mais, au contraire, des dissidences se sont élevées, en ce qui concerne les enfants ou descendants qui ont été compris dans le partage ; et plusieurs auteurs enseignent qu'ils ne peuvent, eux, provoquer un nouveau partage, qu'à la charge de faire prononcer d'abord la nullité du partage qui a été fait par l'ascendant. (Delvincourt, Duranton, Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

Nous croyons, toutefois, qu'il est plus conforme au texte de l'article 1078, et à l'esprit dans lequel il a été conçu, de ne pas faire de distinction entre les enfants qui n'ont pas été compris dans le partage, et les enfants qui y ont été compris :

1° En effet, c'est dans les termes les plus généraux que l'article 1078 déclare que le partage *sera nul pour le tout;* et la conséquence qu'il en déduit, à savoir : *qu'il en pourra être provoqué un nouveau,* il l'applique aux uns et aux autres sans distinction : *soit par ceux qui n'ont reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait.*

2° Ainsi l'exigeait d'ailleurs le motif qui a dicté l'article 1078 au législateur.

Ce que le législateur a voulu, c'est que les enfants, qui ont été compris dans le partage, ne fussent pas obligés de

demeurer dans l'incertitude pendant toute la durée de l'action qui appartient aux enfants qui n'y ont pas été compris, c'est-à-dire pendant trente ans! incertitude qui ne serait pas moins nuisible à l'intérêt public qu'à l'intérêt privé.

Voilà pourquoi il les a placés sur la même ligne et leur a accordé le même droit.

C'est ce que notre ancien droit coutumier avait déjà fait aussi.

Le président Duret, dont Auroux-Despommiers rapporte ce passage, disait, en parlant de l'omission de l'un des enfants :

« *Ex quibus aliquo præterito, facta divisio prorsus cor-*
« *ruit.* »

D'où Louis Semin concluait :

«*Etiamsi præteritus non conqueratur, dummodo instet*
« *alius.* » (Auroux-Despommiers, *Cout. de Bourbonnais*, art. 216, t. II.)

Voilà notre article 1078; et la preuve en est que, d'après ceux-là mêmes qui prétendent que les enfants, qui ont été compris dans le partage, sont tenus, avant d'en pouvoir provoquer un nouveau, d'en demander la nullité, cette action en nullité durerait trente ans! ce qui est, suivant nous, une contradiction; car s'ils n'avaient qu'une action en nullité, ils ne l'auraient que pendant dix ans, aux termes de l'article 1304; et convenir qu'ils peuvent agir pendant trente ans, c'est convenir qu'ils peuvent, en effet, *de plano* provoquer un nouveau partage (comp. Genty, p. 301, 302).

169. — De ce qui précède, il résulte, d'ailleurs, que cette cause de nullité ne concerne que ceux des enfants qui, lors du décès de l'ascendant, deviennent ses héritiers.

La preuve en est dans le texte même de l'artilce 1078, qui ne déclare nul, en effet, que le *partage*, et qui ne déduit de cette nullité d'autre conséquence que la faculté de provoquer un partage nouveau, faculté qui ne peut être

exercée que par ceux et contre ceux qui ont accepté la succession (comp. Colmar, 20 févr. 1867, Arbogast, Dev., 1867, II, 209).

D'où il faut conclure que, lorsque le partage a été fait par donation entre-vifs, la nullité prononcée par l'article 1078 n'atteint pas ceux à l'égard desquels cette donation n'acquiert pas, lors du décès de l'ascendant, le caractère d'un partage de succession, et demeure, au contraire, purement et simplement une donation entre-vifs ordinaire.

Cette conclusion est incontestable, relativement aux tiers, qui seraient légataires de l'ascendant (art. 857; comp. Caen, 10 mai 1852, Chauvin, Dev., 1853, II, 74).

170. — Et elle ne nous paraît pas moins certaine, relativement à ceux des enfants donataires qui seraient prédécédés, renonçants, ou exclus comme indignes.

Nous devons ajouter, toutefois, qu'elle a été méconnue dans cette dernière application, par deux décisions judiciaires : l'une, de la Cour de Caen; l'autre, de la Cour d'Angers.

En effet, l'arrêt de la Cour de Caen, du 10 mai 1852, que nous venons de citer, paraît juger que la survenance d'un nouvel enfant rend l'acte nul, non pas seulement comme *partage*, mais même comme *donation entre-vifs;* et que, par suite, si l'un des enfants donataires renonce à la succession de l'ascendant, il ne peut pas retenir les biens qui lui ont été donnés.

Mais cette doctrine serait, à notre avis, la violation manifeste des articles 845 et 1076; c'est ce que nous croyons d'ailleurs avoir déjà suffisamment démontré (*supra*, n° 148).

171. — Quant à l'arrêt de la Cour d'Angers, il commence, il est vrai, par reconnaître que la nullité prononcée par l'article 1078 n'atteint pas l'acte considéré comme donation entre-vifs, et que, en conséquence, si l'un des enfants donataires est prédécédé, il a transmis

ses droits à son successeur; c'était, dans l'espèce, un légataire universel.

Mais quels droits lui a-t-il transmis?

Oh! c'est ici que la décision de la Cour d'Angers nous paraît être très-peu fidèle à son principe.

L'arrêt décide que le successeur de l'enfant donataire prédécédé doit remettre à la masse de la succession les biens qui ont été donnés à l'enfant, et qu'il a le droit de prendre part au nouveau partage, qui va avoir lieu entre les héritiers de l'ascendant!

Or, en fait, à l'époque de la donation entre-vifs, l'ascendant n'avait que trois enfants; et il avait partagé ses biens *par tiers*.

Depuis le partage, l'un des enfants, qui y était compris, était décédé; et un nouvel enfant était survenu, qui n'y était pas compris.

Et bien! l'arrêt décide, en adoptant les motifs du jugement de première instance, que le partage de la succession, au jour du décès de l'ascendant, doit être fait *en quatre lots;* et que le successeur de l'enfant prédécédé a le droit d'y figurer, mais *avec diminution du tiers au quart!* (Angers, 14 juillet 1847, Brulé, Dev., 1848, II, 273.)

Il nous est difficile de nous rendre compte de cette doctrine.

De deux choses l'une :

Ou l'on considère que le partage entre-vifs fait par l'ascendant, a opéré, dès l'époque même de sa confection, une ouverture anticipée de sa succession; et alors, l'enfant prédécédé a pu y figurer, puisqu'il existait à cette époque; mais, par contre, il est impossible d'y faire figurer l'enfant survenu depuis, puisqu'il n'existait pas encore;

Ou l'on considère que la succession de l'ascendant ne s'est ouverte qu'à son décès; et alors, l'enfant survenu depuis le partage entre-vifs, peut y figurer; mais aussi, par contre, il est impossible d'y faire figurer l'enfant prédécédé.

En un mot, ce que nous ne pouvons pas comprendre, c'est que, au partage de cette masse des biens donnés entre-vifs et des biens existants au décès, on appelle, en même temps, et l'enfant qui n'existait plus à l'époque du décès, et l'enfant qui n'existait pas à l'époque de la donation !

L'un exclut nécessairement l'autre; car si le premier peut être héritier, le second ne peut pas l'être ; et réciproquement.

C'est que, en effet, l'un est seulement donataire ; tandis que l'autre est seulement héritier.

Or, un donataire n'est pas tenu de *rapporter* et de mettre *en partage* les biens qui lui ont été donnés; il n'est soumis qu'à l'action en réduction (art. 845, 920).

Donc, l'enfant prédécédé, renonçant ou indigne, a le droit de conserver, comme donataire, par lui-même ou par ses ayants cause, les biens qui lui ont été donnés ; et il ne demeure soumis, comme tout donataire, qu'à l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

Voilà, suivant nous, la seule solution, qui soit juridique (comp. Genty, p. 302, 303.)

171 *bis*. — Depuis notre dernière édition, l'article 1078 a donné lieu à deux arrêts importants, que nous nous empressons de recueillir.

L'un, de la Cour de Colmar du 20 février 1867 (déjà cité, *supra*, n° 169 ; Arbogast, Dev., 1867, II, 209);

L'autre, de la Cour de Caen, deuxième Chambre, du 11 juillet 1867, Horiot.

Ces deux décisions consacrent également le principe que nous venons de poser ; à savoir : que ce n'est qu'en qualité d'héritier, et par conséquent, sous la condition d'accepter la succession, que l'enfant qui a été omis dans le partage entre-vifs fait par son ascendant, peut réclamer sa part dans les biens partagés;

Et elles en déduisent ces deux conséquences fort intéressantes :

D'une part, que si, postérieurement au partage entre-vifs que l'ascendant a fait de ses biens entre ses autres enfants, il a contracté des dettes, l'enfant omis dans le partage, en est tenu, jusqu'à concurrence de sa part héréditaire, sur les biens partagés, qui lui reviennent; c'était l'espèce de l'arrêt de Colmar;

Et d'autre part, que si postérieurement au partage entre-vifs, l'ascendant a fait un legs par préciput, au nouvel enfant qui lui est survenu, ce legs ne peut pas être exécuté sur les biens compris dans le partage.

En effet, le partage n'est annulé qu'entre les enfants considérés comme *héritiers,* mais non pas comme *donataires;* et, par exemple, un legs fait par l'ascendant à un étranger, ne pourrait pas être exécuté sur les biens qu'il aurait partagés entre ses enfants, par une donation entre-vifs ;

Or, le nouvel enfant, en tant qu'il se présente comme *légataire*, ne doit être considéré que comme un étranger;

Donc, il ne peut pas plus que ne le pourrait un étranger légataire, réclamer l'exécution du legs, qui lui a été fait, sur les biens que l'ascendant avait partagés entre les autres enfants, par une donation entre-vifs.

Ces combinaisons diverses, ou plutôt ces complications ne tendent-elles pas à prouver, de plus en plus, que le législateur du Code Napoléon, ne s'est peut-être pas très-exactement rendu compte des conséquences qui pourraient résulter d'une *donation entre-vifs*, opérant le *partage d'une succession non ouverte !*

172. — II. Aux termes de l'article 1079 :

« Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué « pour cause de lésion de plus du quart... »

Cette cause de rescision est notable; et il était bon que le législateur s'en expliquât.

Ce qui en résulte, en effet, c'est que le partage peut être attaqué pour cause de lésion, lors même que l'enfant, qui se prétend lésé, aurait toute sa réserve et même au delà.

Voilà un homme, qui a deux enfants et 24 000 francs de fortune; il aurait pu ne laisser à chacun d'eux, comme part héréditaire, que le tiers qui forme sa réserve, soit 8000 francs, en donnant le tiers disponible à un étranger ou à l'un de ses enfants par préciput.

Mais c'est un partage qu'il a fait entre ses deux enfants des 24000 francs de biens, qui lui appartiennent; et il a ainsi composé leurs lots : à l'un, 15100 francs; et à l'autre, 8900 francs.

Eh bien! celui-ci, quoiqu'il ait 900 francs de plus que sa réserve, pourra demander la rescision, parce qu'il a moins de 9000 fr., c'est-à-dire moins des trois quarts de la part qui devait lui revenir sur la masse partagée (12000 fr. sur 24000 fr.)

Ne pourrait-on pas objecter pourtant que le père, qui a établi une telle inégalité, ne s'est certainement pas trompé, et que cette différence est trop grande pour n'être pas intentionnelle? Il est vrai qu'il n'a pas inséré, dans la donation ou le testament, une dispense de rapport au profit de l'enfant auquel il a attribué le lot le plus fort; mais n'a-t-il pas dû croire que cette dispense résultait du caractère même de sa disposition, qui, s'opposant à toute demande de partage, s'opposait, par cela même, à toute demande de rapport ?

L'objection pouvait paraître très-grave; et nous avons vu que notre ancien droit avait, en effet, hésité (comp. le tome V, n° 684).

Le Code Napoléon l'a toutefois tranchée, avec beaucoup de raison, dans le sens de l'égalité, conformément au caractère de l'acte que l'ascendant a déclaré vouloir faire (comp. le tome précité, n° 700).

173. — L'article 1079 n'a pas qualifié nommément l'espèce d'action, qu'il accorde à l'enfant lésé de plus du quart.

Mais cette qualification résulte, sans aucun doute, soit de la nature même des choses, soit de la combinaison

de cet article 1079 avec l'article 887, auquel il se réfère.

C'est-à-dire qu'il s'agit d'une action en rescision, semblable à celle que l'article 887 a établie contre les partages ordinaires de succession.

D'où la conséquence qu'il faut, en général, y appliquer les règles qui gouvernent cette action (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n°s 412 et suiv.).

174. — C'est ainsi, par exemple, qu'elle n'appartient qu'à celui des enfants, qui est, en effet, lésé de plus du quart;

Sans que celui qui ne serait pas lésé ou qui ne le serait pas dans cette proportion, puisse l'exercer, si l'autre enfant ne se plaint pas.

175. — Seulement, il est clair que, si l'enfant lésé de plus du quart fait rescinder le partage, celui qui n'avait éprouvé qu'une lésion moindre profitera du rétablissement de l'indivision, qui devra donner lieu à un nouveau partage (comp. Cass., 30 juin 1852, Faget, Dev., 1852, I, 735; Duranton, t. IX, n°s 548 et 553; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 233).

176. — Pour savoir s'il y a lésion, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas la masse totale des biens disponibles et indisponibles qui composaient le patrimoine de l'ascendant; mais seulement la masse des biens qui ont fait l'objet de son partage, s'il n'y a pas compris les biens, qui formaient la quotité disponible et s'il en a disposé autrement.

Ainsi, un père, ayant deux enfants et 24000 fr. de fortune, a donné à un étranger son tiers disponible, 8000 fr., et puis, par le partage qu'il fait entre ses enfants, des deux tiers qui lui restent, il attribue à l'un 9000 fr., et à l'autre 7000 fr.

Eh bien! celui-ci ne pourra pas attaquer ce partage pour cause de lésion, quoiqu'il n'ait pas toute sa réserve; car il n'est pas lésé de plus du quart sur la por-

tion qui devait lui revenir des biens partagés, qui n'étaient que de 16 000 fr.

C'est-à-dire qu'il peut arriver d'une part, que l'enfant, qui a plus que sa réserve, puisse attaquer le partage pour cause de lésion (*supra*, n° 172); et d'autre part, que l'enfant, qui a moins que sa réserve, ne puisse pas l'attaquer !

Double preuve et très-significative, que le partage d'ascendant constitue, en effet, une institution spéciale, qui ne se confond pas avec la faculté de disposer à titre gratuit. (Comp. Cass., 20 déc. 1847, Vessigaud, Dev., 1848, I, 231 ; Agen, 14 mai 1851, Faget, Dev., 1851, II, 593; Cass., 30 juin 1852, mêmes parties, Dev., 1852, I, 735 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 233; Genty, p. 305 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, I.)

177. — Il en serait de même, si la quotité disponible, au lieu d'avoir été donnée à un étranger, avait été donnée à l'un des enfants par préciput.

Ainsi, par exemple, ce père, ayant d'eux enfants, et 24 000 francs de fortune, donne à l'un deux par préciput son tiers disponible, 8 sur 24.

Et puis, faisant le partage des deux tiers qui lui restent, il attribue un lot d'une valeur de 11 000 francs à celui de ses enfants qui n'a encore rien reçu, et un lot d'une valeur de 5000 francs seulement à l'autre, qui est donataire par préciput des 8000 francs, formant la quotité disponible.

Celui-ci donc de se plaindre! et de dire que, sur une masse totale de 16, qui a fait l'objet du partage, sa part intégrale devait être de 8, et que, n'ayant que 5, il est lésé de plus du quart.

Vous, lésé! répond l'autre ; mais vous avez encore plus que moi ; car, sur la fortune totale de notre père, qui était de 24, vous avez 13, et je n'ai que 11 !

Oui, sans doute ; cet enfant n'a que 11 sur la fortune totale ; mais c'est là, précisément, qu'est le vice de sa

réponse. Ce n'est pas, en effet, la fortune totale de 24, qui a été partagée; c'est seulement la fortune, déduction faite des 8, qui en ont été distraits par la disposition préciputaire;

Or, d'après cette base, qui est la vraie, chacun des enfants devait avoir 6, puisque sa part intégrale était de 8;

Donc, l'enfant qui n'a que 5, est lésé de plus du quart.

Et il n'importe nullement qu'il soit donataire par préciput de la quotité disponible, puisque cette quotité est en dehors des biens partagés.

C'est ce qui a été décidé par l'arrêt de la Cour de Caen, du 21 mars 1838, que nous avons déjà cité (*supra*, n° 78), et dont l'espèce est d'autant plus notable, que c'était une donation de biens à venir du quart de sa succession future, que le père avait faite par préciput à l'un de ses enfants, et que, ensuite, dans le partage de ses biens, il avait attribué un seul lot à cet enfant, *pour le remplir*, avait-il dit, *tant de la donation qu'il lui avait faite*, *que de sa part héréditaire*.

De sorte que le partage lui-même, en effet, comprenait la fortune totale, quotité disponible et réserve.

Mais la Cour décida, très-justement, *qu'il fallait écarter la preteniton élevée par les autres copartagés, en tant qu'ils voulaient que la rescision pour cause de lésion ne pût être provoquée par leur frère, que dans le cas où la lésion du quart à son préjudice porterait sur la totalité des biens qu'il était appelé à recueillir, soit comme donataire, soit comme réservataire;*

Et elle jugea, au contraire, que le partage serait rescindable, dans le cas où, *distraction faite de la quotité disponible*, à laquelle l'enfant avantagé avait droit en sa qualité de donataire, il serait lésé de plus du quart sur ce qui lui revenait, en sa qualité d'héritier (Letulle, Dev., 1838, II, 419).

Cette espèce était, en quelque sorte, la contre-partie de celle que l'article 1079 a prévue, et dans laquelle c'est

le même enfant, auquel la quotité disponible a été donnée par préciput, qui se trouve aussi avantagé par le partage ; puisque dans celle-ci, au contraire, c'était l'enfant, auquel la quotité disponible avait été enlevée, qui se trouvait avantagé par le partage; c'est assez dire que l'article 1079 ne pouvait pas y recevoir d'application (comp. Grenoble, 8 mai 1835, Dorey, Dev., 1835, II, 554; Cass., 30 juin 1852, Faget, Dev., 1852, I, 735; Toulouse, 10 juill. 1862, Ville, Dev., 1863, II, 66; Nîmes, 8 novembre 1864, Azégat, Dev., 1865, II, 74; Grenier, t. III, n°s 309 et 400; Toullier, t. III, n° 810; Favard, *Répert.*, v° *Partage*, n° 7; Genty, p. 306 et 309).

177 *bis.*—Dans la solution, qui précède, nous avons supposé que la donation préciputaire de la quotité disponible, avait été faite, antérieurement au partage, par un acte irrévocable, à l'enfant, qui se plaignait d'avoir été ensuite lésé de plus du quart dans ce partage; telle était, en effet, l'espèce de l'arrêt de la Cour de Caen, du 11 mars 1838.

Mais la même solution devrait-elle être maintenue, dans le cas où la donation préciputaire aurait été faite par le même acte que le partage, ou par un acte postérieur?

Cette seconde hypothèse est certainement plus délicate; et elle soulève des objections qui ne se présentaient pas dans la première.

Que le père, qui a déjà donné irrévocablement par préciput sa quotité disponible à l'un de ses enfants, ne puisse pas ensuite porter atteinte à cette donation, en n'attribuant pas même à cet enfant les trois quarts de sa réserve, dans le partage qu'il fait ensuite, cela est incontestable!

Mais tout autre est le cas où l'ascendant n'avait pas encore donné sa quotité disponible avant son partage, et lorsqu'il la donne par préciput, à l'un de ses enfants, par l'acte même de partage ou par un acte postérieur.

Il était libre alors, en effet, de la donner ou de ne la

point donner; et s'il l'a donnée par préciput à ce même enfant, qui se trouve lésé de plus du quart par le partage, c'est sans doute afin de l'indemniser et de rétablir même l'équilibre à son avantage.

Est-ce par l'acte même de partage, que la disposition par préciput a été faite?

Cet acte doit être alors considéré comme indivisible; et le fait même de ces apportionnements corrélatifs doit l'emporter sur la clause de préciput, qui n'est elle-même, dans ce cas, qu'une des clauses du partage.

Et si c'est par un acte postérieur au partage, que l'ascendant a donné par préciput sa quotité disponible à celui de ses enfants qui se trouvait lésé de plus du quart par le partage, c'est qu'il aura voulu réparer ainsi cette lésion, et faire disparaître l'action en rescision, qui menaçait son œuvre! (Comp. Montpellier, 5 juill. 1853, Vié, Dev., 1853, II, 692; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 4600, 4601.)

Nous considérons, en effet, ces arguments comme très-graves; et toutefois, ils ne fournissent pas, suivant nous, la conclusion absolue que l'on voudrait en tirer.

Que l'ascendant ait le droit de réparer, au moyen d'un don ou d'un legs par préciput de la quotité disponible, en tout ou en partie, la lésion que le partage par lui fait, aurait causée à l'un de ses enfants, cela est certain. Ce *supplément*, que les autres enfants pourraient offrir, à plus forte raison l'ascendant lui-même peut-il l'ajouter (arg. de l'article 891); et si l'on reconnaît que c'est là, en effet, seulement ce qu'il a voulu faire, nous ne voyons rien à répondre, au point de vue du droit, dans cette interprétation du fait de sa volonté.

Mais ce que nous ne voudrions pas concéder, en droit, c'est que, par cela seul que la disposition préciputaire de la quotité disponible aurait été faite dans l'acte même de partage, ou dans un acte postérieur, on doive décider que l'enfant, avantagé par le préciput, n'est pas fondé à exer-

cer l'action en rescision, s'il est lésé de plus du quart dans le partage. Cette doctrine-là ne serait rien moins que la négation du principe même que nous venons de poser, et d'après lequel la lésion doit s'estimer seulement d'après la valeur des biens qui ont été compris dans le partage, déduction faite de la quotité disponible, lorsqu'elle n'y a pas été comprise.

Notez que, pour juger s'il y a lésion, on doit estimer les biens suivant leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant; c'est là du moins une proposition, que nous nous proposons bientôt d'établir; et par conséquent, de ce que l'ascendant aurait, à l'époque de la confection du partage ou postérieurement, donné à l'un de ses enfants, par préciput, la quotité disponible, il n'en résultera pas toujours la preuve qu'il n'a pas voulu laisser à cet enfant, dans son partage, une part égale à celle de ses autres enfants; peut-être même qu'il la lui avait faite plus forte, et qu'il avait voulu doublement l'avantager!

Aussi, l'arrêt de la Cour de Montpellier, qui refuse l'action en rescision à l'enfant donataire par préciput de la quotité disponible, qui est lésé de plus du quart par le partage, cet arrêt n'a-t-il pu en venir a cette doctrine que par une confusion manifeste, suivant nous, de l'action en rescision pour cause de lésion avec l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve!

L'action, en effet, que l'arrêt accorde, dans ce cas, à l'enfant, c'est une action en réduction!

Comment! une action en réduction pour cause d'atteinte à sa réserve, à l'enfant qui est donataire par préciput de la quotité disponible!

Oh! non certes, telle n'est pas l'action qu'il peut avoir.

Ce que dit cet enfant, c'est qu'il est lésé de plus du quart par le partage; et ce qu'il attaque, en effet, c'est le partage; or, contre le partage fait par l'ascendant, les enfants lésés de plus du quart n'ont qu'une action en rescision! (Comp. *infra*, nº 189 *bis*.)

178. — C'est encore une conséquence de notre principe, que l'action en rescision pour cause de lésion, n'appartient aux enfants qu'autant qu'ils deviennent héritiers.

Cette proposition est d'évidence, dans le cas d'un partage testamentaire, puisque les enfants qui ne viennent pas à la succession, n'ont alors aucun droit aux biens partagés par l'ascendant (*supra*, n° 99).

Mais elle ne nous paraît pas moins certaine dans le cas d'un partage entre-vifs; car celui des enfants qui ne vient pas à la succession, demeure alors purement et simplement donataire; or, un donataire n'a pas droit à l'égalité; l'acte ne revêt nullement, en ce qui le concerne, le caractère d'un partage de succession; et les biens qui lui ont été donnés, sont à considérer comme s'ils avaient été donnés à un étranger (comp. *supra*, nos 170, 171; Genty, p. 305).

179. — La Cour de cassation a jugé que, dans le cas où l'ascendant a fait de ses biens plusieurs partages partiels et successifs, l'action en rescision pour cause de lésion ne peut pas être formée contre l'un de ces actes séparément, et qu'elle ne doit être admise qu'autant qu'elle est formée contre tous ces actes réunis, et sous la condition, par conséquent, que le demandeur aura éprouvé une lésion de plus du quart, sur l'ensemble des biens qui y sont compris (18 déc. 1854, Carré, Dev., 1855, I, 572).

C'est là une application particulière de la doctrine générale, d'après laquelle un partage partiel ne peut être attaqué pour cause de lésion, que sous la condition de réunir fictivement en une seule masse les autres partages partiels, qui l'auraient précédé ou suivi (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 428).

Nous avons exposé les objections graves, selon nous, que cette doctrine peut soulever.

Mais, dès qu'une fois elle est admise, nous croyons,

en effet, qu'elle doit être appliquée aux partages d'ascendant.

Nous ajoutons même que cette solution est une conséquence de la révolution jurisprudentielle qui s'y est accomplie.

Sans doute, sous le règne de la doctrine, qui d'abord considérait le partage entre-vifs comme formant, relativement aux biens qui s'y trouvaient compris, une succession déjà ouverte, et indépendante de l'autre succession qui devait s'ouvrir ensuite, lors du décès de l'ascendant, le partage partiel devait être apprécié isolément, sous le rapport de la lésion, comme sous le rapport de la réserve et de la quotité disponible.

Mais du jour où la doctrine nouvelle a décidé que ce n'est qu'à l'époque du décès de l'ascendant que la donation prend le caractère d'un partage de succession, on était naturellement amené à décider de même que c'est eu égard à la valeur totale des biens compris dans les différents partages partiels, que doit être appréciée la lésion, dont se plaint l'un des copartagés (comp. Troplong, t. IV, n° 2238; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 234; Labbé, *Observations*, dans le *Journal du Palais*, 1863, p. 934 et suiv.).

180. — C'est par le même motif que l'action de l'enfant, qui aurait été lésé de plus du quart, ne doit pas faire rescinder le partage, lorsque la lésion peut être réparée par le partage des biens indivis, qui se trouvent dans la succession de l'ascendant (comp. Cass., 17 août 1863, de Matha, Dev., 1863, I, 520).

Aussi, un autre arrêt de la Cour de cassation, du 29 août 1864, qui consacre de plus en plus la doctrine nouvelle, renferme-t-il ce motif remarquable :

« Attendu que la donation entre-vifs, par laquelle l'ar-
« ticle 1075 du Code Napoléon permet aux père et mère
« et autres ascendants de faire entre leurs enfants la dis-
« tribution et le partage de leurs biens, a pour objet et

« pour effet d'attribuer irrévocablement aux coparta-
« geants les biens compris dans leurs lots, *mais à valoir*
« *sur la part héréditaire à laquelle ils auront droit un jour,*
« *et sauf le règlement définitif de cette part.* » (Lagardère, Dev., 1864, I, 435.)

181. — La solution, qui précède, nous paraît préjuger une autre question, qui a été aussi soulevée; à savoir : si l'article 891 est applicable au partage d'ascendant, et si le défendeur à la demande en rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature.

Quoique la négative ait été admise par quelques décisions judiciaires (Riom, 25 avril 1818, Dev. et Car., 1, II, 378; Caen, 1re Chambre, 25 févr. 1828, Bourey; Toulouse, 21 août 1833, Sarran, Dev., 1834, II, 47);

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement; et telle est, en effet, la doctrine qui a prévalu :

L'action en rescision pour cause de lésion est, dans son application au partage d'ascendant, soumise aux règles générales qui la gouvernent dans les partages ordinaires, sauf seulement les dérogations qui résultent soit d'un texte, soit du caractère spécial de cette disposition (*supra*, n° 173);

Or, aucun texte ne nous autorise à écarter l'application de l'article 891 ; et il n'y aurait non plus, de cela, aucun motif.

La Cour de Toulouse objecte que l'article 891 ne s'applique *qu'au cas où il y a eu un acte résultant du fait des parties, parce qu'il s'agit, dans ce cas, de revenir contre une convention faite.*

Mais le partage fait par l'ascendant, fût-il même testamentaire, doit être considéré comme fait par les enfants eux-mêmes, au nom desquels l'ascendant avait le pouvoir de le faire !

On objecte encore que l'ascendant est tenu de répartir, aussi également que possible, ses biens de même nature dans chacun des lots; et que cette règle serait violée, si l'enfant lésé était forcé de recevoir en argent le supplément de sa part héréditaire, de l'autre enfant, auquel le père aurait attribué tous ses biens en nature.

Mais, la règle que l'on invoque, est applicable aussi, sans doute, dans les autres partages, puisque c'est pour eux qu'elle a été écrite dans les articles 826 et 832, et qu'on ne fait que la leur emprunter, pour les partages d'ascendants;

Or, cette règle ne fait pas, dans les partages ordinaires, obstacle à l'article 891;

Donc, elle n'y doit pas faire non plus obstacle dans les partages d'ascendant.

C'est qu'en effet, si cette règle a été violée, ce n'est pas une action en rescision pour cause de lésion qui appartient à l'enfant, c'est une action en nullité.

Or, précisément, dans ce cas, l'article 891 n'est pas applicable; car il ne s'agit plus alors de *quotité*, mais de *qualité* (comp. Cass. 18 nov. 1847, Mazoyer; et 21 août 1848, Vrac, Dev., 1848, I, 690-695).

Ajoutons que le vrai motif de l'article 891, c'est que le législateur a voulu le plus possible empêcher la rescision des partages.

Or, c'est assurément des partages d'ascendants que l'on peut s'armer qu'il en souhaite le maintien (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 458; Grenoble, 25 nov. 1824, Pierre Satre, D., 1825, II, 117; Toulouse, 11 juin 1836, Ville, Dev., 1836, II, 556; Cass., 18 déc. 1855, Estelle; et 25 févr. 1856, Guérin, Dev., 1856, I, 305-311; Cass. 17 août 1863, de Matha, Dev., 1863, I, 529; Grenier, t. III, n° 401; Toullier, t. III, n° 804; Duranton, t. IX, n° 651; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Part. d'ascendant*, n° 104; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 236).

182. — Aux termes de l'article 890 :

« Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets « suivant leur valeur, à l'époque du partage. »

Cet article est-il applicable aux partages d'ascendant?

L'affirmative semble ne comporter aucun doute; car la disposition qu'il consacre, est fondée sur un principe évident de droit et de raison (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 418 *bis*).

Aussi, croyons-nous, en effet, qu'elle est applicable dans tous les partages.

Mais quelle est, dans notre matière, *l'époque du partage?*

Telle est la grande question, qui a soulevé tant de controverses.

Ce n'est pas, toutefois, dans le cas d'un partage testamentaire, que ces difficultés peuvent naître; il est évident que l'époque du partage n'est alors et ne peut être que celle du décès de l'ascendant (art. 895; *infra*, n° 214).

183. — Les opinions, au contraire, sont très-divergentes, dans le cas où le partage a été fait par donation entre-vifs :

Les unes, s'attachant à l'époque de la donation :

Les autres, à l'époque du décès de l'ascendant;

Celles-ci proposant des distinctions : soit entre les meubles et les immeubles; soit entre le cas où l'attribution des objets compris dans les différents lots, a été précédée d'une dévolution collective de tous les biens, et le cas où la donation ne renferme que des attributions individuelles.

Cette thèse est, suivant nous, subordonnée à celle de savoir quelle est l'époque à laquelle s'ouvre l'action en rescision pour cause de lésion : si c'est du jour même de la donation, ou seulement du jour de la mort de l'ascendant.

Il est vrai que la Cour de Poitiers a jugé, en même

temps, d'une part qu'il faut, pour savoir s'il y a eu lésion, s'attacher à l'époque de la donation; et d'autre part, que l'action en rescision, pour cause de lésion, ne s'ouvre qu'à l'époque de la mort de l'ascendant (5 mars 1862, Bouyer, *J. du P.*, 1863, p. 940).

Mais son arrêt a été cassé (28 juin 1864, Lévesque, Dev., 1864, I, 433).

Et avec raison, suivant nous.

Car ces deux questions-là se tiennent et n'en font, à vrai dire, qu'une seule; si bien que la solution de l'une doit entraîner la solution de l'autre.

Voilà pourquoi, ne voulant pas les séparer, nous les examinerons bientôt toutes les deux ensemble (*infra*, n°s 217 et suiv.

184. — Lorsque la lésion de plus du quart est prouvée par l'enfant, demandeur en rescision, c'est la rescision du partage, en effet, que le juge doit prononcer; et les biens doivent être remis en commun pour qu'il soit procédé à un nouveau partage.

Les juges ne pourraient donc pas, après avoir constaté l'existence de la lésion, ordonner seulement qu'elle sera réparée au moyen d'une indemnité à fournir par le défendeur, l'ordonner ainsi, disons-nous, d'office, et lorsque le défendeur lui-même ne fait pas l'offre d'un supplément, dans les termes de l'article 891.

La doctrine contraire, qui est enseignée par Zachariæ (§ 734, note 9), nous paraît violer le texte même de l'article 1079 et le principe général, dont il est l'expression, à savoir : que l'action en rescision pour cause de lésion est soumise dans les partages d'ascendant, aux mêmes règles que dans les partages ordinaires, lorsque la loi n'y a pas dérogé (*supra*, n° 173; comp. Delvincourt, t. II, p. 161, 162; Grenier, t. III, n° 301; Duranton, t. IX, n°s 651-653; Aubry et Rau, t. VI, p. 235).

185. — Ce que nous venons de dire de l'action en rescision pour cause de lésion, ne concerne que les en-

fants, à l'égard desquels seulement la disposition faite par l'ascendant a le caractère d'un partage.

Cette cause de rescision est donc étrangère aux tiers, donataires ou légataires, que l'ascendant aurait compris dans son partage (comp. le tome V, n° 606).

S'agit-il d'un donataire de biens à venir, auquel il avait assuré une part dans sa succession ?

Nous avons constaté que, d'après la doctrine généralement admise, cette part tout entière lui est due; et que, si le lot qui lui a été fait par l'ascendant, ne la lui donne pas, en effet, tout entière, le donataire peut réclamer le supplément, lors même qu'il ne serait pas lésé de plus du quart (*supra*, n° 78).

Au reste, s'il ne peut pas obtenir *moins*, ajoutons que, réciproquement, il ne peut pas obtenir *plus;* c'est ainsi que les enfants copartagés pourraient agir contre lui, si le lot qui lui a été attribué excédait la quotité disponible; et cela, lors même qu'aucun d'eux ne serait lésé de plus du quart; car ce n'est pas une action en rescision pour cause de lésion qu'ils ont contre lui, c'est une action en réduction (art. 920 et 1079; *infra*, n° 197).

186. — S'agit-il d'un légataire, auquel l'ascendant a laissé sa quotité disponible?

Il faut encore répondre que c'est là, quant à lui, dans ses relations avec les enfants, un legs ordinaire tout à fait dispositif, et qui ne peut pas être régi par les principes du partage.

Voilà, par exemple, un homme qui a trois enfants.

Il fait un testament, par lequel il lègue à un étranger sa quotité disponible.

Et puis, par le même acte ou par un acte postérieur, il fait le partage de ses biens entre ses trois enfants et le tiers, légataire de sa quotité disponible.

Le légataire pourrait-il demander, contre les enfants, la rescision pour cause de lésion de plus du quart ?

Et réciproquement, les enfants pourraient-ils demander la rescision, pour cette cause, contre le légataire?

Nous ne le croyons pas.

Le légataire n'a aucun droit à l'égalité; et il doit se contenter du lot que le testateur lui a fait; c'est par le même motif que nous avons décidé déjà que le partage fait par un parent collatéral entre ses héritiers ne donne pas lieu, entre eux, à l'action en rescision pour cause de lésion (comp. le tome V, n°s 698, 699).

Et, quant aux enfants, ils ne pourraient avoir, non plus, contre le légataire, qu'une action en réduction pour cause d'atteinte à leur réserve ; car leur auteur a pu disposer à son profit, soit directement, soit indirectement, dans les limites de la quotité disponible.

187. — Il résulte d'ailleurs de ce que nous venons de dire qu'il faut assimiler à un donataire ou à un légataire étranger celui des enfants qui est donataire ou légataire par préciput de la quotité disponible, ou qui, n'étant pas donataire ou légataire par préciput, renonce à la succession (comp. *supra*, n°s 78 et 178).

Ce n'est là qu'une application des principes du droit commun (art. 785, 845; mais voy. aussi *infra*, n°s 188 et suiv.).

188. — III. Le second alinéa de l'article 1079 est ainsi conçu :

Le partage pourra aussi être attaqué « dans le cas où « il résulterait du partage et des dispositions faites par « préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage « plus grand que la loi ne le permet. »

Ainsi, un père, ayant deux enfants et 24 000 francs de fortune, donne d'abord directement par préciput la quotité disponible à l'un d'eux : soit 8000 francs.

Et puis, il fait des 16 000 francs restants, qui forment la part héréditaire légale de ses enfants, un partage par lequel il attribue un lot de 9000 francs à celui qui est

déjà avantagé de la quotitédisponible, et à l'autre un lot de 7000 francs.

Telle est l'hypothèse, que notre texte prévoit, et dans laquelle il décide que le partage pourra être attaqué.

Mais pourquoi donc? et comment?

Est-ce que l'enfant qui est avantagé ne serait pas autorisé à tenir à son frère ce langage :

Vous ne pouvez avoir, contre moi, que l'une ou l'autre de ces actions : ou une action en réduction pour cause d'atteinte à votre réserve, ou une action en rescision pour cause de lésion de plus du quart :

Or, il est facile de prouver que vous n'avez ni l'une ni l'autre :

M'attaquez-vous comme donataire, par une action en réduction?

Vous n'êtes pas fondé; car je n'ai reçu tout juste que la quotité disponible : 8 sur 24.

M'attaquez-vous comme copartagé, par une action en rescision pour cause de lésion ?

Vous n'êtes pas fondé davantage, car, sur cette masse de 16000 francs, que notre père a partagée entre nous, votre part intégrale était de 8 ; et pour être lésé de plus du quart, il faudrait que vous eussiez moins de 6 ; or, vous avez 7 !

On pourrait ajouter que le père, après avoir disposé, par préciput, de sa quotité disponible, n'en conserverait pas moins le droit de faire, entre ses enfants, le partage des biens qui forment leur réserve ; de faire ce partage, en leur nom, comme ils l'auraient fait eux-mêmes après sa mort;

Or, si ce partage, tel qu'il a été fait par le père avait été fait, après sa mort, par ses deux enfants, il serait inattaquable; car l'enfant lésé de moins du quart, est légalement présumé n'être pas lésé et avoir sa part tout entière ;

Donc, il doit en être ainsi du partage que le père a fait en vertu du pouvoir que la loi lui confère.

Cette argumentation est certainement très-forte : et nous pouvons dire, de cette troisième cause de rescision, ce que nous avons dit de la seconde, qu'il était nécessaire que le législateur lui-même l'établît ! (*Supra*, n° 172.)

Il l'a établie, en effet ; et il est venu au secours de l'autre enfant contre ces syllogismes pleins de logique, si l'on veut, mais non moins pleins d'iniquité !

Ce qui l'a frappé surtout, c'est cette double circonstance, que le même enfant, qui est avantagé directement de la quotité disponible par préciput, se trouve aussi avantagé indirectement par le résultat du partage ; circonstance très-significative, en effet, d'où l'on est autorisé à conclure qu'il n'y a point là une erreur d'estimation, mais une combinaison méditée, qui témoigne de la partialité de l'ascendant, et par laquelle il a voulu avantager, au delà des limites permises, son enfant de prédilection !

Eh bien ! voilà ce que le législateur a voulu empêcher, et très-justement ! car les partisans les plus déclarés du cumul de la réserve et de la quotité disponible, ne voudraient certes pas non plus tolérer une pareille atteinte à la réserve des autres enfants !

En conséquence, l'article 1079 décrète cette présomption légale, absolue, et qui n'admettrait pas de preuve contraire (art. 1352), qu'une telle combinaison est intentionnelle ; et il permet d'attaquer le partage au moyen duquel l'ascendant a entrepris de l'accomplir (comp. le *Rapport au Tribunat*, par M. Jaubert, Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 481, 482 ; Dijon, 20 nov. 1865, Trahand, Dev., 1866, II, 222).

189. — L'article 1079 permet, disons-nous, d'attaquer ce partage.

Mais par quelle action ?

Il ne le dit pas ; et c'est une remarque que nous avons déjà faite sur le premier alinéa de cet article (*supra*, n° 173).

Nous n'avons, toutefois, éprouvé aucune hésitation

pour reconnaître, dans le premier alinéa, qu'il s'agit d'une action en rescision pour cause de lésion;

Tandis que l'on peut hésiter, au contraire, sérieusement, dans le second alinéa, sur le caractère de l'action qu'il autorise; et c'est bien là ce qui faisait, tout à l'heure, la force de l'argumentation de l'enfant avantagé lorsqu'il soutenait que son frère ne peut avoir, contre lui, qu'une action en réduction, ou une action en rescision, et que l'une et l'autre lui font à la fois défaut. (*Supra*, n° 188.)

L'article 1079 admet pourtant, certainement, l'une ou l'autre de ces actions.

Eh bien! donc, laquelle?

Cette question est importante: ce n'est pas en effet, une simple dispute de mots; et les résultats seront très-différents, suivant que l'on y verra une action en réduction ou une action en rescision.

Nous ajoutons qu'elle n'est pas moins controversée qu'importante.

Un parti considérable, dans la doctrine, enseigne, qu'il s'agit, dans le second alinéa de l'article 1079, d'une action en réduction pour atteinte à la réserve et qu'elle doit être régie, comme toute action en réduction, par les articles 920 et suivants; c'est à ce parti que paraît aussi s'arrêter, après quelques hésitations, la jurisprudence des Cours impériales, et surtout celle de la Cour de cassation.

« Bien que le législateur (disent MM. Aubry et Rau) ait réuni, dans un même article, les deux actions au moyen desquelles le partage d'ascendaut peut être attaqué, on ne saurait cependant conclure de là que son intention a été de les assimiler l'une à l'autre. Puisées à des sources différentes, ces deux actions, que le législateur s'est abstenu de qualifier, doivent être appréciées suivant la diversité de leur origine et de leur fondement; et, pour cette appréciation, il faut, en tant que le comporte le droit exceptionnel qui régit les partages d'ascendants, recourir au droit commun auquel elles ont été empruntées.

Si, d'après ces données, la première des actions, dont s'occupe l'article 1079, constitue une action en rescision pour cause de lésion, on doit, d'après les mêmes données, voir, dans la seconde, une action en réduction, pour atteinte à la réserve. » (Sur Zachariæ, t. VI, p. 238, 239; ajout. Massé et Vergé, t. III, p. 314; Labbé, *Observations* sur l'arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 1862, de Kerdoret, *J. du P.*, 1863, p. 934 et suiv.; Réquier, *Revue historique de Droit français et étranger* 1866).

Et, de cette doctrine, on déduit les conséquences suivantes :

1° Que cette action n'a pas pour objet de faire rescinder le partage, mais seulement de faire obtenir au demandeur le complément de sa réserve (comp. Riom, 25 avril 1818, Montel, Sirey, 1820, II, 278; Lyon, 22 juin 1825, de Solichon, Sirey, 1825, II, 366; Cass., 6 juin 1834, Priel, Dev., 1835, I, 58; Caen, 31 janv. 1848, Lemaître, Dev., 1848, II, 425; Agen, 14 mai 1851, Faget, Dev., 1851, II, 593; Cass., 30 juin 1852, mêmes parties, Dev., 1852, I, 735; Cass., 1er mai 1861, Baudoin, Dev., 1861, I, 481; Cass., 17 août 1863, de Matha, Dev., 1863, I, 529);

2° Qu'elle doit être dirigée exclusivement contre l'enfant avantagé au delà de la quotité disponible, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause les autres copartagés (comp. Agen, 28 mai 1850, Rossignol, Dev., 1851, II, 177);

3° Que le défendeur à l'action ne peut en arrêter le cours, en invoquant l'application de l'article 891, c'est-à-dire au moyen de l'offre d'une indemnité pécuniaire, et que le demandeur a droit, si ce n'est dans le cas exceptionnel de l'article 866, à un supplément en corps héréditaire (Riom, 25 avril 1848, Sirey, 1820, II, 278; Cass., 17 août 1863, de Matha, Dev., 1863, I, 529);

4° Que la confirmation expresse ou tacite du partage par l'enfant, dont la réserve est entamée, n'emporte pas nécessairement, de sa part, renonciation à cette action (comp. Montpellier, 23 déc. 1846, Tixador, Dev., 1847,

II, 174; Caen, 31 déc. 1848, Lemaître, Dev., 1848, II, 425; Agen, 28 mai 1850, Rossignol, cité *supra*);

5° Enfin, que cette action dure trente ans, non-seulement lorsque le partage a été fait par testament, mais aussi lorsqu'il a été fait par donation entre-vifs, et sans que l'article 1304 puisse être appliqué (comp. Montpellier, 23 déc. 1846, Tixador, cité *supra*).

Toutefois, relativement à cette dernière déduction, les partisans de la doctrine que nous exposons, sont fort divisés, et même le plus grand nombre décident que l'action ne dure que dix ans, par application de l'article 1304 (comp. Cass., 1er mai 1861, Gaudoin, Dev., 1861, I, 481).

189 *bis*. — Malgré le succès que cette doctrine a obtenu, elle ne nous paraît pas juridique; et nous croyons, au contraire, que, dans le second alinéa de l'article 1079, comme dans le premier, il s'agit, non pas d'une action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, mais d'une action en rescision du partage pour cause de lésion.

La preuve en résulte, suivant nous, soit du texte de la loi, soit de l'intention de ses auteurs clairement manifestée par les travaux préparatoires, soit enfin des principes :

1° Et d'abord, le texte de l'article 1079 nous semble explicite.

C'est bien contre le *partage* lui-même, en effet, qu'il autorise l'action, dans le second cas comme dans le premier :

« Le *partage* fait par l'ascendant *pourra être attaque* « pour cause de lésion de plus du quart; *il pourra l'être* « *aussi* dans le cas où il résulterait du *partage* et des dis- « positions faites par préciput, *que l'un des copartagés* a « un avantage plus grand que la loi ne le permet. »

Or, s'il s'agissait seulement d'une action en réduction, ce n'est pas le *partage* lui-même qui serait attaqué, c'est

seulement la disposition excessive qui aurait été faite au profit de l'un des enfants.

Cet enfant serait attaqué comme *donataire*, et non point comme *copartagé*.

Donc, le texte même de l'article 1079 témoigne que le législateur a en vue, dans le second cas comme dans le premier, une inégalité, une *lésion* résultant du *partage*, et qu'il ouvre aussi, dans le second cas comme dans le premier, une action en rescision contre le *partage*.

Et c'est, en effet, la même formule qu'il applique aux deux cas : *le partage pourra être attaqué*.

2° Cette interprétation qui est, à notre avis, commandée par la lettre même de la loi, est d'ailleurs aussi tout à fait conforme à l'intention de ses auteurs.

Nous avons présenté plus haut l'hypothèse que les rédacteurs de l'article 1079 se sont proposé de régler dans le second alinéa (*supra*, n° 189). Ce qu'ils supposent, c'est que la disposition préciputaire, faite au profit de l'un des enfants, n'excède pas la quotité disponible; de sorte que les autres enfants n'ont pas contre ce préciput d'action en réduction.

Mais, en voyant que le père a fait, en outre, un partage dont les combinaisons sont telles, que l'inégalité qui en résulte profite au même enfant qu'il a avantagé par préciput de la quotité disponible, et lèse, au contraire, les autres enfants qu'il en a privés, le législateur a considéré que cette lésion n'était pas le résultat de l'erreur, mais de la partialité et de l'injustice.

Et, en conséquence, il a, dans ce cas particulier, autorisé l'action en rescision du partage pour toute espèce de lésion, *même pour la plus petite lésion;* ce sont les termes dont s'est servi M. le conseiller d'État Berlier (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 266).

C'est-à-dire que l'article 1079 admet deux actions en rescision pour cause de lésion contre les partages d'ascendant;

L'une, qui est l'action générale, que l'article 887 admet contre tous les partages et pour laquelle il faut une lésion de plus du quart ;

L'autre, qui est une action spéciale aux partages d'ascendant, et pour laquelle il suffit d'une lésion quelconque.

Mais l'une et l'autre ont la même cause et le même caractère ; et elles constituent, toutes les deux, une action en rescision du partage.

Ou plutôt il n'y a qu'une seule et même action, sauf cette différence que le *quantum* de la lésion est réglé différemment dans le premier et dans le second cas !

L'article 156 du projet portait :

« *Le partage serait encore nul*, si les père et mère ou « autres ascendants ont fait, à titre de préciput, une dis- « position, soit entre-vifs, soit par testament, au profit « d'un ou de plusieurs de leurs enfants. » (Locré, *Législ. civ.*, t. XI, p. 265.)

Cet article a été modifié ; et on a cru qu'il était plus convenable de laisser aux ascendants la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs enfants, tout en avantageant l'un d'eux par préciput.

Mais, en même temps, afin de prévenir le danger de cette double faculté de *disposer par préciput* et de *partager*, on a décidé que le *partage*, dans ce cas, serait rescindable même pour la plus petite lésion.

Nullité, d'après l'article 156 du projet ;

Rescision, d'aprés l'article 1079 du Code.

Tel est le seul caractère de l'amendement qui a prévalu.

Mais c'est toujours du *partage* lui-même qu'il s'agit.

Et voilà comment M. Bigot-Préameneu déclarait, en effet, formellement que l'*opération pourra être attaquée par les autres intéressés* (comp. Locré, *Législ. civ.*, t. X, p. 415-416).

3° Nous ajoutons enfin, qu'étant donnée l'hypothèse que le second alinéa de l'article 1079 a en vue, les prin-

cipes exigeaient que l'on accordât aux copartagés non pas une action en réduction, mais bien une action en rescision.

Car la donation entre-vifs ou le legs qui a été fait, par préciput, à l'enfant avantagé, n'excédant pas la quotité disponible, il ne saurait y avoir lieu à réduction (art. 920).

Si la quotité disponible est dépassée, ce n'est point par une donation entre-vifs ou par un legs, c'est par un acte de partage, c'est-à-dire par un acte qui n'a pas, entre les enfants, le caractère d'une disposition à titre gratuit; et, puisque c'est le partage qui cause la lésion, c'est le partage qu'il faut attaquer, c'est-à-dire l'opération tout entière, dont les combinaisons indivisibles forment un seul tout, qu'on ne saurait valider en partie et annuler en partie.

Aussi, ne suffit-il pas, suivant nous, de dire, comme M. Troplong, que, dans ce cas, *l'action en réduction prend la couleur de l'action en lésion; qu'elle est autant une action en lésion ou en nullité du partage qu'une action en réduction; qu'elle est, par un certain coté, une action en rescision* (t. IV, n° 2333, 2334).

Il importe, au contraire, de ne pas laisser, sur son caractère, cette espèce d'équivoque et d'incertitude.

Nous concluons donc nettement qu'elle est tout à fait une action en rescision pour cause de lésion.

Et de là, nous déduisons les conséquences suivantes, toutes contraires aux conséquences qui résultent de la doctrine que nous avons combattue, à savoir (*supra*, n° 189) :

1° Que cette action a pour objet de faire rescinder le partage, et non pas seulement de faire obtenir au demandeur le complément de sa réserve;

2° Qu'elle doit être dirigée contre tous les enfants copartagés, et non pas seulement contre l'enfant qui est avantagé au delà de la quotité disponible;

3° Que les défendeurs à l'action peuvent en arrêter le cours, en invoquant l'application de l'article 891;

4° Que la confirmation expresse ou tacite du partage par l'enfant auquel cette action appartenait, peut emporter de sa part une renonciation;

5° Enfin, que cette action ne dure que dix ans, par application de l'article 1304, lorsque le partage a été fait entre-vifs.

Les dissidences que nous avons signalées sur cette dernière déduction, parmi les partisans de la doctrine contraire, fournissent, suivant nous, un puissant argument encore contre elle; nous en trouvons la preuve dans l'arrêt de la Cour de cassation, du 1er mai 1860, qui, tout en décidant qu'il s'agit, dans le second cas prévu par l'article 1079, d'*une action en réduction* pour cause d'atteinte à la réserve, décide que cette action ne dure que dix ans!

« Attendu que l'action en réduction, qu'intente l'un des copartagés, qui prétend sa réserve entamée par des libéralités excessives, et l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, *sont de la même nature, qu'elles tendent au même but, et doivent produire un résultat analogue;*... Attendu que l'article 1079 suffirait, au besoin, pour lever tous les doutes; que, en effet, *en réunissant les deux actions dans une disposition unique, sans faire aucune distinction quant à l'exercice de chacune d'elles, il les place sur la même ligne et les soumet virtuellement aux mêmes règles et aux mêmes conditions* » (Gaudain, Dev., 1860, I, 481).

Nous ne disons pas autre chose!

Et voilà pourquoi il nous paraît impossible de considérer comme deux actions différentes, dont l'une serait en *rescision* et l'autre en *réduction*, ces deux actions, *qui sont de même nature, qui tendent au même but, qui doivent produire un résultat analogue, entre lesquelles la loi, qui les a réunies dans une seule disposition, n'a fait aucune distinction*

quant à l'exercice de chacune d'elles, et qu'elle a placées sur la même ligne, et soumises aux mêmes règles et conditions!

Si, en effet, l'une était en *rescision*, et l'autre en *réduction*, cette appréciation serait, à notre avis, tout à fait inexacte! et notamment, nous ne saurions admettre qu'une action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, pût être déclarée prescriptible par dix ans! (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 236).

La déclarer prescriptible par dix ans, n'est-ce pas reconnaître qu'elle est une action en rescision et non pas en réduction?

Nous le croyons ainsi (comp. Lyon, 22 juin 1825, Dev. et Car., collect. nouv., 8, II, 98; Grenoble, 8 mai 1835, Dorey, Dev., 1835, II, 154; et 6 mai 1842, Châtoain, Dev. 1842, II, 433; Cass. 31 mai 1853, Escoffier, Dev., 1853, I, 153; Delvincourt, t. II, p. 161; Grenier, t. III, n° 401; Duranton, t. IX, n°s 644, 650 et 651; Troplong, *loc. supra, cit.;* Genty, p. 310, 311; Beautemps-Beaupré, t. II, n°s 193 et suiv.; Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, VIII et XII; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 399, note *a;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1842).

190. — Dans le cas prévu par le second alinéa de l'article 1079, la disposition préciputaire n'excède pas la quotité disponible, et n'est pas, en conséquence, sujette à réduction.

Mais il est clair qu'elle y serait sujette, si elle excédait, au contraire, cette quotité.

Nos articles ne se sont pas occupés de ce cas, par la raison qu'il n'est qu'une application ordinaire des principes de la réduction, tels qu'ils sont établis par les articles 920 et suivants, et qu'ils n'avaient à s'occuper que des actions en nullité ou en rescision du partage, ce qui est, en effet, le seul objet des articles 1078 et 1079.

191. — Il pourrait arriver aussi que la disposition préciputaire, faite au profit de l'un des enfants, excédât la quotité disponible, et que, en outre, cet enfant eût,

par le partage, un lot plus fort que celui des autres enfants.

Eh bien ! alors, les autres auraient contre lui deux actions distinctes :

L'une, en réduction contre la disposition préciputaire, qui serait, en effet, seulement réduite et demeurerait valable dans les limites de la quotité disponible ;

L'autre, en rescision contre le partage, qui devrait être déclaré nul (comp. Cass., 20 déc. 1847, Vessigaud, Dev., 1848, I, 231 ; Cass., 3 mars 1855, Lenoir, D., 1856, II, 100 ; Genty, p. 311).

192. — Nous disons que la disposition faite au profit de l'enfant avantagé serait maintenue, dans le cas même où le partage serait annulé.

Duranton en convient, pour le cas où la disposition a été faite avec une clause expresse de préciput.

Mais il enseigne, au contraire, que si cette clause de préciput ne s'y trouvait pas, l'annulation du partage ferait naître l'obligation du rapport, à la charge de l'enfant avantagé (tome IX, nos 650 et 652).

Cette distinction nous paraît inadmissible ; et nous espérons pouvoir le démontrer quand le moment sera venu d'exposer les effets de la nullité ou de la rescision du partage (*infra*, nos 241 et suiv.)

193. — Mais, en admettant hypothétiquement la doctrine de Duranton, nous croyons devoir aborder une difficulté assez délicate, qui en résulte ; à savoir : ce que le défendeur à l'action en rescision pour cause de lésion devrait alors offrir au demandeur, afin d'en arrêter le cours.

Le père, par exemple, ayant deux enfants et 24000 fr. de fortune, a donné à l'un d'eux, sans clause de préciput, 8000 francs ; puis, il a attribué à ce même enfant un lot de 9000 francs, et à l'autre un lot de 7000 francs.

Celui-ci demande la rescision pour cause de lésion.

Suffira-t-il à l'enfant avantagé, pour arrêter le cours de

la demande, de lui offrir un supplément de 1000 francs?

Ou faudra-t-il, au contraire, qu'il lui offre 5000 francs?

C'est ce dernier parti qui paraît à Duranton le plus juridique.

Le défendeur à la demande en rescision pour cause de lésion ne peut, dit-il, en arrêter le cours, qu'en offrant ou en fournissant au demandeur *le supplément de sa portion héréditaire* (art, 891), ou, en d'autres termes, de la portion qu'il obtiendrait par le nouveau partage qu'il demande, si ce partage avait lieu;

Or, si le nouveau partage avait lieu, la portion héréditaire de l'enfant demandeur serait de 12000 francs, puisque la masse serait de 24000 francs, par l'effet du rapport que devrait faire l'enfant avantagé sans clause de préciput;

Donc, c'est une offre et un fournissement de 5000 francs et non pas seulement de 1000 francs, que le défendeur doit faire.

Cette doctrine de notre savant collègue est-elle bien exacte?

Nous ne le croyons pas :

1° Ce que le demandeur attaque, c'est seulement le partage:

Or, le partage n'a pour objet que 16000 francs; il ne comprend pas les 8000 francs formant la quotité disponible, qui en ont été distraits par la disposition à titre gratuit au profit de l'un des enfants (*supra*, n° 76);

Donc, la portion héréditaire qui devrait revenir par ce partage ainsi fait, à chacun des enfants, était de 8000 fr. seulement, et non pas de 12000 francs;

Donc, en offrant 1000 francs, l'enfant défendeur répare le vice du partage, et peut arrêter le cours de la demande en rescision, pour empêcher un nouveau partage.

2° *Empêcher un nouveau partage*, c'est précisément empêcher l'obligation du rapport de naître!

Et, en effet, *la portion héréditaire*, qui est à compléter, n'est pas celle que le demandeur aurait retirée d'un nouveau partage, mais celle-là seulement qu'il a retirée de l'ancien partage, qui est maintenu, et dont on se borne à corriger l'inégalité (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 464).

194. — Peu importe d'ailleurs, dans le cas prévu par le second alinéa de l'article 1079, que la disposition par préciput et le partage aient été faits par un seul et même acte ou par deux actes séparés ;

Et s'ils ont été faits par le même acte, que la disposition préciputaire ait été distinguée de l'apportionnement de l'enfant avantagé, ou qu'ils aient été confondus ensemble, c'est-à-dire que l'ascendant ait déclaré attribuer à cet enfant tels biens pour son préciput comme donataire ou légataire, et tels autres biens pour son lot comme héritier; ou, au contraire, qu'il ait déclaré lui attribuer confusément tels biens, tant pour son préciput que pour sa part héréditaire.

La loi ne fait aucune distinction de ce genre ;

Pas plus qu'elle ne distingue, lorsqu'il y a eu deux actes séparés, quel est celui qui a été fait le premier, et si le préciput est antérieur ou postérieur au partage ;

Ni si l'un a été fait par donation entre-vifs ou l'autre par testament.

L'article 1079 demeure, dans tous ces cas, applicable, et très-justement ! car il n'y avait aucune raison pour s'en écarter (comp. Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 366; Agen, 14 mai 1851, Faget, Dev., 1851, II, 594; Cass., 30 juin 1852, Faget, Dev., 1852, I, 735; Nîmes, 7 avril 1856, Taland, Dev., 1856, II, 661 ; Genty, p. 310; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 240).

195. — De l'article 1079, de son texte et de ses motifs, il résulte qu'il ne saurait recevoir d'application :

Ni dans le cas où aucune disposition à titre gratuit n'a été faite;

Ni dans celui où une disposition à titre gratuit a été faite, soit au profit d'un étranger, soit au profit de l'un des enfants par préciput, si cet enfant n'est pas le même, qui se trouve, en outre, avantagé par le partage.

Ainsi, en conservant toujours notre exemple, un père ayant deux enfants et 24000 francs de fortune, a donné à un étranger 8000 francs, son tiers disponible.

Et puis, dans le partage qu'il fait entre ses enfants, des 16000 francs qui forment leur réserve, il se trouve que l'un des lots est de 9000 francs; et l'autre, seulement de 7000 francs.

Celui des enfants auquel ce dernier lot a été attribué, ne peut pas se plaindre; car il ne saurait invoquer ni le premier ni le second alinéa de l'article 1079 :

Point le premier; car, il n'est pas lésé de plus du quart;

Point le second; car, son frère n'a point, par l'effet du partage et d'une disposition par préciput, un avantage plus grand que la loi ne le lui permet.

Et il en serait de même, dans le cas où la quotité disponible ayant été donnée à l'un des enfants, ce serait non pas ce même enfant déjà avantagé, mais l'autre enfant, non avantagé, qui aurait le lot le plus fort (comp. *supra*, n° 188; Caen, 21 mai 1838, Letulle, Dev., 1838, II, 419; Montpellier, 5 juillet 1853, Vié, Dev., 1853, II, 692; Cass., 30 juin 1852, Faget, Dev., 1852, I, 135 : Agen, 14 mai 1851, Faget, Dev., 1851, II, 593; Nîmes, 7 avril 1856, Taland, Dev., 1856, II, 661; Duranton, t. IX, nos 649, 650; Genty, p. 307 et suiv.; Troplong, t. IV, n° 2329; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 399, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 240; Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, III; Saintespès-Lescot, t. V, nos 1839, 1840.)

196. — Cette déduction résulte certainement, suivant nous, de l'article 1079.

Nous ne voulons pas nier, toutefois, le danger considérable qui s'y attache, et qu'elle peut fournir à l'ascendant le moyen d'attenter, de la manière la plus grave, à la réserve de ses enfants.

Voilà un homme qui a 96 000 francs de fortune, et quatre enfants : deux fils et deux filles.

A son fils aîné, il donne, d'abord, par préciput, le quart formant sa quotité disponible, soit : 24 000 francs.

Puis, dans le partage qu'il fait ensuite des trois autres quarts, il attribue à son fils aîné un lot de 24 000 francs, et à son second fils un lot de 36 000 francs, savoir : 24 000 francs formant sa part, et 12 000 francs provenant du prélèvement qu'il a fait du quart sur la part qui revient à chacune de ses filles.

Que reste-t-il à celles-ci? 18 000 francs seulement!

Ainsi, 48 000 francs au fils aîné;

36 000 francs au fils puîné;

Et 18 000 francs seulement à chacune des filles!

Autre exemple : un homme a 24 000 francs de fortune et neuf enfants.

Après avoir donné à un étranger sa quotité disponible, 6000 francs, il fait, entre ses enfants, le partage des 18 000 francs qui forment leur réserve; et suivant le même procédé, c'est-à-dire en enlevant à huit de ses enfants, tout juste, le quart de leur réserve, il attribue au neuvième un lot de 6000 francs et à chacun des autres un lot seulement de 1 500 francs!

De telles conséquences sont-elles tolérables? et se peut-il que la loi les admette?

Il est permis de s'en émouvoir; et nous avons vu d'excellents esprits, en effet, qui, pour les repousser, en sont venus jusqu'à nier tout entière la doctrine d'où elles résultent, et qui ont soutenu que celui des enfants dont la réserve est entamée par le partage, peut toujours, en vertu de l'article 920, réclamer ce qui lui manque, lors

même que l'on ne se trouverait pas dans les conditions déterminées par le second alinéa de l'article 1070.

On invoque, en ce sens, la loi 8 au Code *De inofficioso testamento* :

« *Parentibus arbitrium dividendæ hæreditatis inter liberos adimendum non est; dummodo non minus ei, qui pietatis sibi conscias est, partis, quæ intestato defuncto potuit ad eum pervenire, quartam ex judicio parentis obtineat.* »

On ajoute qu'il n'importe nullement à l'enfant, qui n'a pas l'intégralité de sa réserve, quel est celui au profit duquel l'ascendant l'en a privé, que ce soit un étranger ou un autre enfant; la réserve n'est pas faite en haine du donataire ou du légataire; elle est faite en faveur de l'enfant lui-même, qui a le droit de la réclamer envers et contre tous!

Enfin, on insiste, avec force, sur les résultats désastreux de la doctrine, qui fournit à l'ascendant, qui a déjà épuisé sa quotité disponible, le moyen si facile de s'en créer une nouvelle, aux dépens de la réserve de ses enfants; si ce moyen peut être employé, il le sera certainement! et alors, que deviennent les articles 920 et suivants, et toute la théorie de la réserve et de l'action en réduction, qui en est la garantie indispensable! (comp. Périer, *Traité des Partages d'ascendant;* Bressoles, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1864, t. XIII, p. 164-165; Montpellier, 14 juin 1865, Bournhol, Dev., 1866, II, 125).

Si graves que soient ces objections, nous ne saurions concéder que l'article 1079 puisse recevoir une autre interprétation que celle que nous en avons fournie; et nous persistons à croire que l'action en rescision exceptionnelle, qu'il autorise dans son second alinéa, n'est admise qu'autant que la quotité disponible a été donnée par préciput au même enfant, qui se trouve aussi avantagé par le partage (*supra*, n° 188).

Voilà le principe (comp. Grenoble, 30 juin 1839, Robert, Dev., 1840, II, 204).

Et maintenant, si une hypothèse se présentait, semblable à celles que l'on a imaginées (et qui ne sont pas, nous en convenons, impossibles!), où l'atteinte portée par l'ascendant à la réserve des autres enfants, en faveur de l'un d'eux, aurait ce caractère flagrant d'une combinaison pour ainsi dire audacieuse, faite évidemment à dessein et par fraude, ne pourrait-on pas décider alors que la fraude, en effet, fait exception à toutes les règles?

Nous nous sentirions nous-même entraîné à répondre affirmativement.

C'est ainsi que d'Argentré pensait, dans notre ancien droit, que, *si c'eût été sciemment et à dessein, que l'auteur du partage y eût introduit des inégalités, le partage n'eût pas dû faire autorité, parce que la coutume pardonne à l'erreur et non à la fraude* » (comp. le t. V, n° 683).

197. — Nous avons toujours supposé, dans ce qui précède, que l'avantage, excédant la quotité disponible, a été fait à l'un des enfants copartagés; et c'est dans cette hypothèse que nous décidons que cet avantage donne lieu à une action en rescision et non pas en réduction (*supra*, nos 166 et 185).

Mais il en serait autrement, dans le cas où l'ascendant aurait compris, dans son partage, un donataire ou un légataire à titre universel étranger; ce serait alors, au contraire, une action en réduction, qui devrait être formée contre lui, par ceux des enfants dont la réserve serait entamée.

C'est que, en effet, en ce qui concerne cet étranger, la disposition faite par l'ascendant n'a pas le caractère d'un partage; elle n'est et ne peut être, quant à lui, qu'une donation entre-vifs ou un legs ordinaire; et l'apportionnement lui-même, au moyen duquel l'ascendant veut qu'elle soit exécutée, n'en est qu'une modalité ou plutôt même que la manière d'être.

D'où il suit que l'action en réduction peut être intentée contre le donataire ou le légataire étranger, par celui des enfants dont la réserve est entamée, lors même que le partage ne lui causerait pas une lésion de plus du quart; puisque, précisément, ce n'est pas la rescision du partage qu'il demande.

Objectera-t-on que, pourtant, si les enfants eux-mêmes avaient, après la mort de l'ascendant, fait le partage de sa succession avec ce donataire ou ce légataire à titre universel, ils n'auraient eu, contre lui, qu'une action en rescision et sous la condition, par conséquent, d'une lésion de plus du quart?

Il est vrai; mais c'est que cette opération faite, entre les enfants et l'étranger, après la mort de l'ascendant, aurait eu, en effet, le caractère d'un partage; tandis que, faite par l'ascendant, elle n'a, relativement à l'étranger, que le caractère d'une disposition à titre gratuit (comp. *supra*, n° 178; le tome V, n° 706; Genty, p. 312, 313).

198. — Faut-il en dire autant d'un enfant naturel, que l'ascendant aurait compris dans son partage?

Cette question peut paraître délicate.

L'enfant naturel, en effet, doit être, sous peine de nullité, compris dans le partage; telle est du moins la doctrine qui nous paraît être la plus vraie (comp. le t. V, n° 705);

Or, s'il doit y être compris, ne s'ensuit-il pas que l'opération est un partage, relativement à lui aussi bien que relativement aux enfants légitimes, et qu'elle doit dès lors en produire, entre les uns et les autres, réciproquement, tous les effets.

Cette conséquence, pourtant, ne nous semble pas nécessaire.

Le donataire ou le légataire à titre universel étranger doit être aussi, sous peine de nullité, compris dans le partage (*supra*, n° 705).

Et pourtant, nous venons de reconnaître que l'opéra-

tion ne peut avoir, relativement à lui, que le caractère d'une disposition à titre gratuit (*supra*, n° 197).

N'est-on pas, dès lors, autorisé à en conclure qu'elle n'a aussi que ce caractère, relativement à l'enfant naturel?

Il est certain que le législateur, dans les articles 1075 et suivants, n'a eu en vue que les enfants et descendants légitimes (comp. le tome V, n° 703); c'est d'eux seuls, en effet, qu'il est vrai de dire qu'ils sont égaux soit d'après la vocation de la loi, soit dans le cœur de l'ascendant, qui doit être présumé les embrasser tous dans une même tendresse.

Or, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existe, en ce qui concerne l'enfant naturel.

Tout au contraire! il est frappé, lui, d'une incapacité de recevoir, qui s'oppose à ce que ses père ou mère, par aucune disposition, directement ou indirectement, puissent augmenter la part que la loi lui accorde dans leur succession.

Aussi, nous paraîtrait-il logique de considérer, en effet, en ce qui le concerne, comme une disposition à titre gratuit, le partage par lequel l'ascendant lui a attribué sa part; d'où résulterait, pour les enfants légitimes, le droit d'agir en réduction contre lui, si cette part excédait celle qu'il peut recevoir d'après la loi (art. 908, comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 90; Genty, p. 313).

199. — IV. Telles sont les trois causes de nullité ou de rescision que notre Code a textuellement prévues.

Y en a-t-il encore d'autres? (*supra*, n° 158).

Nous arrivons à la question de savoir si les articles 826, 832 et 833 sont applicables au partage d'ascendant, et si l'inobservation de la règle qu'ils prescrivent, y serait une cause de nullité?

En d'autres termes, l'ascendant est-il tenu de faire entrer, autant que possible, dans chaque lot, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur?

Ou peut-il, au contraire, composer des lots comme il le juge convenable, à son gré et suivant sa fantaisie; soit par exemple, en faisant entrer les immeubles dans les uns, et les meubles dans les autres, soit même en attribuant à l'un ou à plusieurs de ses enfants la totalité des biens compris dans le partage, pour ne lotir les autres qu'au moyen de soultes ou de retour en argent?

Question très-controversée, sur laquelle trois opinions se sont produites.

La première enseigne que l'ascendant n'est jamais tenu de se conformer à la règle de l'article 832, ni dans le partage entre-vifs, ni dans le partage testamentaire.

La seconde distingue; et tout en convenant que la règle de l'article 832 n'est pas obligatoire dans un partage entre-vifs, elle la déclare obligatoire dans le partage testamentaire.

D'après la troisième opinion, enfin, l'ascendant est toujours tenu de se conformer à cette règle, non-seulement dans le partage testamentaire, mais encore dans le partage entre-vifs.

A. La première opinion raisonne ainsi :

La loi a conféré aux ascendants le pouvoir de faire, entre leurs descendants, la distribution et le partage de leurs biens (art. 1075); dans des vues d'intérêt privé et aussi d'intérêt public, elle les a revêtus d'une sorte de magistrature domestique, et s'est confiée à leur justice paternelle pour faire, entre leurs enfants, la meilleure et la plus intelligente répartition de leurs biens.

Tel est le pouvoir de l'ascendant; et le partage fait par lui doit, en conséquence, être maintenu, à moins que l'on ne se trouve dans un des cas d'exception où la loi autorise à en demander la nullité.

Or, quels sont ces cas?

Les articles 1078 et 1079 les déterminent.

C'est : 1° Lorsque tous les enfants n'ont pas été compris dans le partage; 2° lorsqu'il il y a une lésion de plus

du quart; 3° lorsqu'il résulte du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet.

Donc, en dehors de ces trois causes définies de nullité, le partage fait par l'ascendant est inattaquable.

La loi a garanti l'essentiel, à savoir : qu'aucun des enfants ne pourra être lése de plus du quart; mais, d'ailleurs, l'ascendant aura pu mettre tels biens dans un lot, tels biens dans l'autre lot; sur cela, elle n'a pas voulu gêner l'exercice de son pouvoir ; elle s'en rapporte à lui ; il est juge, sans appel, des raisons d'utilité ou de convenance, qui lui feront attribuer tel bien à l'un plutôt qu'à l'autre.

On conçoit, en effet, que cet intérêt, quoiqu'il ait son importance, est néanmoins secondaire; la preuve en est que les copartageants, qui ne peuvent pas renoncer à l'action en rescision pour cause de lésion dans la valeur estimative des biens (art. 888), peuvent, au contraire, renoncer à l'action en nullité ou en rescision, qui résulterait de ce que les biens de même nature n'auraient pas été répartis également dans chacun des lots.

Voilà pourquoi la loi a cru devoir s'en remettre, sur ce point, à la souveraine appréciation de l'ascendant; d'autant plus qu'il importait d'assurer le maintien de son partage, et que cette cause de réclamation aurait pu être une source fréquente de difficultés (comp. Nîmes, 11 févr. 1823, et Grenoble, 25 nov. 1824, Sirey, 1825, II, 85 et 171 ; Montpellier, 7 février 1850, Cazenave, Dev., 1850, II, 561 ; Riom, 10 mai 1851, Cohadon, Dev., 1851, II, 598; Nîmes, 20 nov. 1854, Dumas, Dev., 1854, II, 689; Agen, 12 déc. 1866, Gimat, Dev., 1868, II, 37.; Zachariæ, § 731, édit. Aubry et Rau, t. VI, n° 221; Dubernet de Bosq, *Revue crit. de jurisprud., loc. supra cit.;* Périer, *Traité des Partages d'ascend.*, *Revue crit. de jurisp.*, 1858, p. 360, et 1863, p. 319; Coulon, *Quest. de droit*, 1853, p. 339 et suiv.; Théodore Derome, *Revue de législ.*, 1865,

t. XXVI. p. 385 et suiv.; Demangeat, *Revue pratique de droit français*, 1868, t. XXV, p. 302).

Telle est aussi la doctrine que M. le président Réquier (de la Cour d'Agen) vient de soutenir dans un article encore inédit, qui sera prochainement publié par *la Revue historique de droit français et étranger*, et dont nous avons dû la communication à son obligeance. — Nous saisissons, avec empressement, cette occasion de remercier le savant magistrat, et, s'il veut bien aussi nous le permettre, de le féliciter de ses études sur les points les plus controversés de notre droit civil; nous aurons à citer encore un remarquable travail de M. Réquier sur l'article 1094.

M. Réquier a publié, depuis notre dernière édition, une excellente monographie sur *les partages d'ascendants*, dans laquelle il développe, avec le même talent, les thèses, qu'il avait déjà présentées, dans *la Revue pratique*, sur cette matière.

200. — B. D'après la seconde opinion, il faut distinguer entre le partage par testament et le partage par donation entre-vifs.

S'agit-il d'un partage par testament?

L'ascendant est tenu de se conformer aux articles 826 et 832.

Le pouvoir, en effet, que la loi accorde par l'article 1075 aux père, mère et autres ascendants, c'est de faire *le partage* de leurs biens; et par conséquent, elle leur impose, virtuellement, l'obligation d'observer les règles du partage.

Or, l'une de ces règles, c'est que chacun des copartagés doit avoir, s'il se peut, la même quantité de meubles et d'immeubles de même nature et valeur. Cette règle n'a pas seulement pour base, comme on a coutume de le dire, l'égalité qui est l'âme du partage, et qui doit régner, en effet, comparativement, dans chacun des lots, sous le double rapport de leur valeur estimative et de la répar-

tition des différentes espèces de biens; la règle, qui exige cette égale répartition, a un autre fondement encore, à savoir : le droit de copropriété qui appartient à chacun des copartageants dans chacun des biens de la masse partageable. A la rigueur, la conséquence en serait que chacun d'eux devrait obtenir sa part dans chacun de ces objets; conséquence, il est vrai, presque toujours impossible, et qui serait un obstacle à tous les partages; mais ce qui est possible, c'est que chacun des copropriétaires obtienne, dans son lot, une quantité de biens de même nature, égale à celle qui se trouve dans les autres lots; voilà le partage, tel seulement que les magistrats sont autorisés à le faire, dans les cas où la loi leur confie cette mission; et c'est aussi le partage tel seulement que la loi autorise l'ascendant à le faire; car il remplit, en cela, l'office du juge, dans l'intérêt de ses enfants (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 659 et 672).

Il ne faut donc pas objecter les articles 1078 et 1079, pour en conclure que la loi a limitativement énuméré les causes de nullité du partage d'ascendant, et que, en dehors de ces textes, il n'y en a aucun qui prononce la nullité.

Ce n'est là, dit fort bien Genty (p. 143), qu'un de ces arguments *a contrario*, qui sont, en général, peu concluants; nous venons de voir, en effet, que cette cause de nullité résulte de l'article 1075.

La loi, d'ailleurs, s'est montrée très-sage, en maintenant, dans le partage d'ascendant, la règle qui exige, autant que possible, l'égale répartition dans chacun des lots, des biens de différente nature ; et elle n'a fait du reste, que suivre les traditions de notre ancien droit (comp. le tome V, n° 684) ; un pouvoir arbitraire de la part de l'ascendant aurait pu devenir l'occasion de beaucoup d'abus; et notamment, il aurait pu lui fournir le moyen de porter une grave atteinte à la réserve de ses enfants, qui leur est due, *in specie*, en corps héréditaires (comp.

Rouen, 14 juin 1836, Septavaux, Dev., 1836, II, 496.)

Mais, dit-on, l'ascendant a pourtant ce pouvoir ! est-ce qu'il ne peut pas, en effet, donner ou léguer à l'un de ses enfants, par préciput, tels ou tels biens déterminés, jusqu'à concurrence de la quotité disponible ? or, s'il peut le plus, comment ne pourrait-il pas le moins, en composant seulement le lot de l'un de ses enfants d'une manière plus avantageuse que les lots des autres?

Eh bien! non; il ne peut pas faire au moyen d'un partage, ce qu'il pourrait faire au moyen d'un legs ou d'une donation par préciput. Autre chose est le partage; autre une disposition préciputaire; il est vrai que le partage se fait dans la forme des dispositions à titre gratuit; mais il n'en est pas moins, quant au fond, un partage; et la loi n'admet pas que l'ascendant puisse faire, au moyen d'un tel acte, *des dispositions à titre gratuit,* au profit de l'un de ses enfants !

Supposons que l'ascendant a mis tous ses biens dans le lot de l'un de ses enfants, en le chargeant au profit des autres, d'une soulte en argent.

Ce serait là un partage, en effet, si les enfants eux-mêmes, après sa mort, y avaient ainsi procédé d'accord; un partage, disons-nous, auquel il faudrait appliquer l'article 883 (comp. notre *Traité des Successions,* t. V, n° 279);

Or, on convient, dans la doctrine contraire, que l'ascendant n'aurait pas un tel pouvoir (comp. M. Réquier, *loc. supra cit.*);

Donc, l'ascendant n'a pas le pouvoir de faire, au nom de ses enfants, le partage comme ses enfants auraient le pouvoir de le faire eux-mêmes.

Cette démonstration nous paraît probante, et nous l'adoptons complétement (*infra,* n° 201).

Mais la seconde opinion, que nous exposons, ne l'applique qu'au partage par testament.

Et, lorsqu'il s'agit d'un partage par donation entre-

vifs, elle décide, au contraire, que l'observation des articles 832 et 833 n'est pas requise à peine de nullité :

La raison de cette différence est, dit-elle, que, tandis que le partage testamentaire est l'œuvre de la volonté seule de l'ascendant, le partage entre-vifs est l'œuvre de la volonté commune de l'ascendant et des enfants.

Et cette différence lui paraît capitale!

En effet, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134);

Or, le partage entre-vifs s'opère par une véritable convention, soit entre l'ascendant et les enfants, soit entre les enfants respectivement;

Donc, ils sont liés par le consentement qu'ils y ont donné, et par l'acceptation qu'ils ont faite eux-mêmes des lots ainsi composés.

Mais c'est un pacte sur une succession future!

La réponse est que c'est la loi elle-même qui autorise les enfants à accepter; elle n'y voit donc pas un pacte sur une succession future; ou, du moins, déroge-t-elle, pour ce cas, comme elle l'a fait pour quelques autres (art. 761, 918), à la règle, qui défend de faire des conventions sur la succession d'une personne vivante (art. 791). Il faut bien, en effet, que les enfants puissent accepter; comment le partage entre-vifs pourrait-il se faire sans cela (art. 932, 1076)? or, s'ils ont la capacité pour consentir, il en est de ce consentement comme de tout autre; il fait la loi commune.

Et, maintenant, qu'est-ce que consentir à un partage? c'est agréer les différentes combinaisons qui le constituent; un homme a deux enfants; l'un est adonné à l'agriculture; l'autre est banquier; à l'un il attribue ses terres; à l'autre, ses capitaux; et tous deux acceptent, avec empressement, ce partage; chacun même a choisi son lot, et ils pourraient, ensuite, revenir contre un tel consentement!

Mais pourquoi donc la loi autoriserait-elle une telle

violation de la foi donnée par l'enfant majeur et capable, à ses frères et sœurs, à son père?

Serait-ce parce que son consentement n'est pas présumé libre?

Mais la loi, qui autorise les enfants à accepter, croit apparemment à la liberté de leur acceptation (art. 1114).

C'est que, en effet, ce serait une exagération contraire à toutes les vérités morales, de soutenir que le consentement donné par l'enfant à son père est toujours altéré par le respect, par la crainte. La loi, dans une circonstance pourtant très-suspecte, ne l'a pas supposé ainsi (art. 918); et elle reconnaît, au contraire, en principe, la validité de toutes les conventions entre un ascendant et son descendant (art. 853, 854) :

« Considérant, dit la Cour de Caen, que l'enfant demandeur n'articule aucune espèce de violence exercée pour « obtenir son consentement ; et *que, en admettant qu'il ne « se fût réellement décidé à le donner que parce qu'il aurait « calculé qu'il lui était plus avantageux d'accepter le mode « de partage qui lui était proposé, que de s'exposer à ce « que son père, comme il en avait le droit, le privât de toute « la quotité disponible, ce calcul, fait par lui dans son pro- « pre intérêt, ne pourrait, en rien, invalider son accepta- « tion....* » (Comp. Nîmes, 11 février 1823, Sirey, 1825, II, 83; Caen, 27 mai 1843; Lemarchand, Dev., 1843, II, 575; Nîmes, 10 avril 1847, Agniel, Dev., 1848, II, 130; Duranton, t. IX, n° 658; Poujol, art. 1079, n° 2; Genty, p. 147 et suiv.; Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 *bis*, XVII; Héan, *Revue pratique de droit français*, t. V, p. 166, et t. VIII, p. 356; Arntz, professeur à la Faculté de droit de Bruxelles, *Journal du Palais*, 1853, t. I, p. 19.)

201. — C. L'argumentation qui précède, est certainement très-forte; et nous avions même incliné d'abord vers la conclusion qui en résulte (comp. *Revue crit. de jurisprud.*, t. I, p. 326.)

Une étude plus approfondie nous décide, toutefois, à

adopter la troisième opinion, d'après laquelle l'ascendant est toujours tenu de se conformer à la règle de l'article 832, non-seulement dans le partage testamentaire, mais aussi dans le partage entre-vifs (*supra*, n° 199).

Le partage d'ascendant, lorsqu'il est fait par donation entre-vifs, renferme, avons-nous dit, deux caractères : l'un, actuel et certain ; l'autre, futur seulement et éventuel.

Ce qui est certain et actuel, c'est la donation entre-vifs, et l'acceptation, que les enfants en ont faite, les oblige, en effet, comme donataires, soit envers l'ascendant, soit entre eux ; c'est ainsi qu'ils deviennent dès le jour de la donation, débiteurs, envers l'ascendant, de la rente qu'ils lui auraient promise, ou de la soulte que l'un d'eux aurait été chargé de payer à l'autre.

Mais il en est autrement de la donation considérée comme partage de la succession de l'ascendant.

La succession de l'ascendant n'est pas ouverte ; et, par conséquent, les enfants, qui ont accepté la donation, n'ont pas pu l'accepter comme un partage de succession, dont il était impossible qu'elle eût alors le caractère !

Ils l'ont acceptée, telle que l'ascendant la leur a faite, et qu'il lui a plu de la leur faire ! car il était libre de ne leur rien donner de ses biens ; et il a pu les leur donner comme il l'entendait.

Il aurait omis complétement l'un de ses enfants, que celui-ci n'aurait eu rien à dire, de son vivant (art. 1078).

Il aurait lésé l'un d'eux de plus du quart, que l'enfant lésé n'aurait pas pu se plaindre de son vivant (*infra*, n°s 217 et suiv.).

Eh bien! c'est par le même motif que les enfants, qui ont accepté, comme donataires, la répartition des biens telle que l'ascendant a jugé à propos de la faire entre eux, n'ont pas abdiqué, pour cela, le droit qui pourra

leur appartenir un jour, de réclamer, comme héritiers, leur part en nature des meubles et des immeubles de la succession désormais ouverte.

Ce qui nous détermine surtout, comme on le voit, ce n'est pas l'argument déduit de ce que le consentement donné par les enfants au partage ne serait pas libre ! nous le croyons libre, au contraire, en tant qu'il s'agit de la validité de l'acte considéré comme donation entre-vifs ; et la preuve en est dans les effets importants que l'acte, accepté par eux, peut produire comme tel.

Mais ce que nous soutenons, c'est que le consentement ne porte pas sur les droits futurs et éventuels des enfants considérés comme héritiers, sur ces droits que la mort seule de l'ascendant peut faire naître.

C'est que, en un mot, toutes les questions relatives à la validité de l'acte, considéré comme partage de succession, sont renvoyées à l'époque où la succession s'ouvrira, pour être appréciées d'après l'état des choses à cette époque (comp. *infra*, n° 217; Cass., 11 mai 1847, Dumaine, Dev., 1847, I, 513; Lyon, 30 août 1848, Miraud, Dev., 1849, II, 7; Agen, 18 avril 1849, Goujet, Dev., 1853, II, 134; Bordeaux, 7 janvier 1853, Maufras, Dev., 1853, II, 264; Cass., 28 févr. 1855, Gousseaume, Dev., 1855, I, 785; Cass., 25 févr, 1856, Guérin, Dev., 1856, I, 307; Cass., 11 août 1856, Theiles, Dev., 1856, I, 781; Agen, 17 nov. 1856, Pujos, Dev., 1856, II, 662; Agen, 1er juin 1858, Régimbeau, Dev., 1858, II, 418; Cass., 18 août 1859, Vedel, *J. du P.*, 1860, p. 508; Cass., 6 févr. 1860, Lissandre, *J. du P.*, 1860, p. 677; Agen, 7 févr. 1865, Guérin; et 22 mars 1865, Cassang, Dev., 1865, II, 65, 66; Cass., 4 mai 1868, Py, le *Droit* du 6 mai 1868, admission, par la Chambre des requêtes du pourvoi contre un arrêt de la Cour de Pau du 14 juillet 1866; Cass., 24 juin 1868, Quillet, le *Droit* du 25 juin 1868; Vazeille, art. 1079, n° 9, Troplong, t. IV, n° 2204; Taulier, t. IV, p. 209; Aubry et Rau sur Za-

chariæ, qui, après avoir adopté la doctrine contraire, sont revenus à celle-ci, T. VI, p. 222; Massé et Vergé, t. III, p. 310, 311).

202. — La solution qui précède, serait-elle applicable dans le cas où l'ascendant s'étant borné, comme il arrive quelquefois, à faire une donation collective de ses biens, par indivis, à ses enfants, le partage en aurait été fait ensuite par les enfants eux-mêmes, sans son concours?

Nous croyons qu'il faut répondre négativement ; telle est, en effet, la conséquence de la doctrine que nous avons déjà présentée sur cette hypothèse (*supra*, nos 53, 54).

Le partage est alors l'œuvre propre des enfants ; ils ont donc pu le faire suivant leurs convenances, placer, par exemple, tous les immeubles dans un lot et tous les meubles dans l'autre ; et il n'y a pas de motif pour qu'ils soient fondés à revenir contre cette convention, pas plus que contre tout autre partage par lequel ils auraient réparti, entre eux, des biens indivis qui leur seraient provenus d'une autre origine.

D'où l'on conclut que ce mode de procéder a de grands avantages : qu'il éloigne de l'ascendant, auquel ce partage est étranger, toutes les plaintes, toutes les récriminations ; qu'il assure bien mieux la concorde entre les enfants, puisque ce partage, ce sont eux-mêmes qui l'ont fait ; et qu'enfin, il consolide, dès à présent, la propriété des biens dans chacun des lots, tandis qu'elle demeurerait incertaine jusqu'au décès de l'ascendant, si ce partage émanait de lui !

Et l'on convie les notaires à entrer, de plus en plus, dans cette voie (comp. Genty, p. 150 : et les *Observations pratiques* de M. Émile Paultre, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1863, p. 585 et suiv., et p. 821 et suiv.)

Ces observations nous semblent, en effet, judicieuses.

Mais il nous paraît, toutefois, nécessaire d'y ajouter deux remarques :

La première, c'est que ce mode de procéder ne représente plus, à vrai dire, *le partage d'ascendant* tel que notre Code l'a établi, et qui a bien aussi ses avantages, précisément à cause de cette intervention de l'autorité paternelle dans les opérations souvent si irritantes du partage;

La seconde, c'est que, si l'on se décide à l'employer, on doit du moins le faire sincèrement! il est évident, en effet, qu'on ne saurait soustraire le partage d'ascendant aux conditions de validité que notre Code y exige; qu'on ne saurait, disons-nous, l'y soustraire par des habiletés de rédaction, qui tendraient à faire croire que l'ascendant est demeuré étranger à la composition des lots, si, en fait, au contraire, le partage avait eu lieu avec son concours et sous son autorité.

« *Attendu* (dit la Cour d'Agen), *qu'il importe peu qu'après l'abandon de leurs biens, fait par les père et mère, les deux enfants aient eu l'air d'en opérer seuls et eux-mêmes le partage; que tout a eu lieu*, uno contextu, *par le même acte, a été signé par toutes les parties, s'est accompli en la présence, sous les yeux et avec le concours des père et mère, disposition qui, par l'unité de termes a présidé à sa confection, par l'esprit qui l'a dicté, par le but proposé et par les causes déterminantes énoncées dans cet acte, constitue évidemment, en réalité, le partage d'ascendant autorisé par l'article* 1075. » (17 nov. 1856, Pujos, Dev., 1856, II, 662; ajout. Cass., 4 janv. 1849, Flandrin, Dev., 1849, I, 487; Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4476; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1856).

Ce qu'il faudrait donc, pour que le partage fût considéré comme l'œuvre propre des enfants sans aucune intervention de l'ascendant, c'est que l'abandon fait, par l'ascendant, de ses biens indivis, fût, en effet, distinct et indépendant du partage.

A quelles circonstances devra-t-on reconnaître cette distinction, cette indépendance?

Ce n'est plus là qu'une question de fait; M. Paultre (*loc. supra*), recommande de faire deux actes : l'un, de donation par l'ascendant à ses enfants; l'autre, de partage par les enfants entre eux; et ce conseil est bon à suivre. Ajoutons qu'il y aura lieu de tenir aussi grand compte de l'intervalle de temps, plus ou moins long, qui se serait écoulé entre ces deux actes, etc.

203. — Nous venons de décider que les articles 826, 832 et 833 sont applicables au partage d'ascendant; c'est-à-dire que chaque enfant doit avoir, dans son lot, autant que possible, la même quantité de biens de même nature et valeur; sauf à compenser, par des soultes, les différences légères et presque toujours inévitables, qui peuvent se rencontrer dans la valeur des différents lots.

Mais cette solution suppose que, en fait, les biens sont partageables, et qu'il est possible de les répartir, à peu près également, dans chacun des lots.

Que faudra-il donc décider, s'il se trouve, au contraire, des biens qui ne puissent pas être partagés commodément et sans perte ?

Les articles 827 et 1686 seront-ils applicables ?

L'affirmative est enseignée par des jurisconsultes d'une autorité considérable; et voici l'argumentation très-serrée, en effet, par laquelle on peut la défendre :

1° L'article 827 est, de même que l'article 832, une conséquence de l'article 826 ;

Et dès qu'il est reconnu que les articles 826 et 832 sont applicables au partage d'ascendant, il est impossible de n'y pas appliquer aussi l'article 827, qui en est lui-même inséparable.

On peut soutenir, sans doute, que l'ascendant a le droit de composer les lots comme bon lui semble; et alors, l'article 827 ne sera pas plus applicable que les articles 826 et 832; telle est, en effet, la doctrine que plusieurs enseignent (*supra*, n° 199); doctrine contestable, mais qui est du moins conséquente avec elle-même;

Tandis que ce serait une contradiction de prétendre que l'article 832 est applicable, et que l'article 827 ne l'est pas !

Ces deux articles, en effet, 827 et 832, sont la conséquence de ce principe d'égalité, qui est de l'essence du partage, et par suite duquel chacun des copartageants a le droit de demander soit la division des biens en nature, si ces biens sont partageables, soit la licitation, s'ils sont impartageables.

La division en nature ou la licitation, ce sont les deux termes de l'alternative dans laquelle se résume la théorie indivisible des articles 826, 827 et 832 !

Est-ce que l'article 827 n'est pas aussi obligatoire que l'article 832, dans les partages faits en justice ? évidemment, oui !

Or, le partage fait par l'ascendant est simplement le partage que le juge aurait à faire après sa mort, en cas de désaccord ou d'incapacité des enfants ;

Donc, dans un cas comme dans l'autre, les parties doivent pouvoir réclamer l'application de l'article 827, aussi bien que celle de l'article 832.

2° C'est que, en effet, la garantie qui résulte de l'article 827, pour les copropriétaires, est elle-même très-précieuse : soit parce qu'elle les met à l'abri des conséquences d'une expertise souvent inexacte, en les autorisant à faire fixer la valeur des biens par les enchères ; soit parce qu'elle écarte de chacun d'eux un autre danger très-grave, celui de se voir attribuer un immeuble trop considérable, c'est-à-dire d'être fait *acheteur malgré lui*, à la charge de payer, avec ses propres deniers, une soulte ou plutôt un prix qui dépasserait ses ressources pécuniaires !

De ces motifs, on déduit les conséquences suivantes :

« Si l'ascendant n'a qu'un domaine, la voie du partage
« lui est fermée ; l'attribution, qu'il en ferait à un de ses
« héritiers, ne serait obligatoire ni pour les autres héritiers

« qu'il n'a pu priver du droit de demander la licitation,
« ni pour celui à qui cette attribution serait faite, et qu'il
« n'a pu priver du droit de refuser le domaine. — Il en
« serait encore ainsi dans le cas, par exemple, où, l'ascen-
« dant ayant trois enfants, son patrimoine ne se compo-
« serait que de deux immeubles. — De même, toutes les
« fois que, entre autres immeubles, il y en a un d'une
« valeur telle, que celui des descendants auquel il serait
« attribué, aurait un lot immobilier tout à fait dispro
« portionné avec les autres lots » (Genty, p. 146).

Notre savant collègue M. Colmet de Santerre, conclut de même que :

« On ne pourrait reconnaître au disposant le droit de
« faire par lui-même une opération analogue à la licita-
« tion, et *d'attribuer à l'un de ses héritiers le bien impar-*
« *tageable, en donnant aux autres l'argent et les valeurs*
« *mobilières existant dans la succession, ou même, à défaut*
« *de semblables valeurs, en imposant à l'héritier qui reçoit*
« *le bien en nature, l'obligation de payer une certaine*
« *somme à ses cohéritiers* » (T. IV, n° 213, *bis* XIX ; comp. Agen 18 avril 1849, Gouget, Dev., 1853, II, 134 ; Devilleneuve, *Observations, h. l.*, 1853, p. 129 et suiv. ; Ancelot sur Grenier, t. I, n° 399, note *b*).

204. — Voilà, en effet, les conséquences qui résultent de cette doctrine.

Et c'est le premier argument, que nous voulons lui opposer.

Sa conclusion donc, c'est que l'ascendant se trouverait souvent privé de la faculté de faire, entre ses enfants, le partage de ses biens ; c'est ce qui arriverait, en effet, toutes les fois qu'il aurait un ou plusieurs immeubles, qui ne seraient pas commodément partageables, une usine, une manufacture ; à moins de les liciter lui-même, ou de les vendre à un étranger (ce qu'il serait obligé de faire, si ses enfants étaient mineurs ou interdits), c'est-à-dire à moins d'aliéner hors de sa famille un bien qu'il avait reçu

lui-même peut-être de ses auteurs, ou que, par tout autre motif, il avait à cœur de transmettre à l'un de ses enfants.

Nous ne saurions croire que le législateur ait voulu consacrer de tels résultats.

En accordant, par l'article 1075, aux ascendants le droit de faire eux-mêmes le partage de leurs biens, il leur a nécessairement accordé les moyens nécessaires pour exercer, en effet, ce droit par eux-mêmes, quelle que soit la nature de leurs biens.

Et, en conséquence, il a dû les autoriser à employer une voie analogue à celle de la licitation, dans le cas où leurs biens ne sont pas commodément partageables.

Voilà précisément la raison de différence entre l'article 832, qui exige l'égalité des lots en nature, quand les biens sont partageables, et l'article 827, qui exige la licitation, quand les biens ne sont pas partageables ; et pourquoi nous appliquons la première règle au partage d'ascendant, tandis que nous n'appliquons pas la seconde : c'est que l'une est parfaitement conciliable avec l'exercice de la faculté, que la loi accorde à l'ascendant de faire le partage de ses biens; tandis que l'autre le rendrait tout à fait impossible.

En vain, on objecte que ces deux règles sont inséparables et n'en font qu'une seule.

C'est ce que nous ne voulons pas concéder ; car la distinction que nous présentons, se déduit, au contraire, suivant nous, d'une manière logique et raisonnable, de l'article 1075.

Nous concluons donc :

1° Que l'ascendant, qui a un bien impartageable, peut l'attribuer en entier à l'un de ses enfants, en attribuant aux autres des objets mobiliers ou de l'argent comptant existant dans son patrimoine;

2° Que même, à défaut d'objets mobiliers ou d'argent comptant existant dans son patrimoine, il peut, en attribuant à l'un de ses enfants le bien impartageable, le

charger de payer de ses propres deniers une soulte aux autres enfants.

La première de ces déductions n'est vraiment, elle-même, qu'une application de l'article 832, qui ne commande l'égale répartition des biens de même nature dans chacun des lots qu'autant qu'elle est possible ; et s'il était arrivé qu'un père, ayant un immeuble impartageable d'une valeur de 100000 francs, et des biens meubles d'une valeur égale, eût attribué à l'un de ses enfants l'immeuble, et à l'autre les meubles, et que, pour attaquer ce partage, on nous opposât l'article 827, c'est en effet par l'article 832 que nous répondrions pour le défendre.

Quant à la seconde déduction, elle est plus délicate, et il ne nous en coûte pas d'avouer que nous nous y sentons moins à l'aise.

Voilà donc les enfants qui recevront, pour leur part, non pas des biens ou des valeurs provenant du patrimoine de l'ascendant, mais une somme d'argent provenant de la bourse personnelle de l'autre enfant!

Et cet autre enfant, sa position peut être bien plus critique encore; car le voilà acheteur, malgré lui, d'un immeuble dont l'importance dépasse peut-être ses ressources pécuniaires!

Aussi Toullier hésitait-il ; et il se demandait « si l'enfant, auquel l'immeuble a été attribué, « ne peut pas « l'abandonner, pour être vendu ou licité. »

Puis l'éminent auteur ajoutait :

« S'il a cette faculté, pourquoi les autres seraient-ils « privés de la faculté de provoquer une licitation, dont « l'événement peut faire connaître la valeur de l'im- « meuble, et s'il y a lésion dans le partage du père de « famille? » (T. III, n° 806.)

Mais alors c'est toute notre doctrine qui s'écroule!

Or, nous persistons à croire que cette doctrine est vraie; et nous la maintiendrons, même dans cette application!

L'ascendant agira prudemment, sans doute, en vendant, s'il le peut, l'immeuble impartageable à celui de ses enfants auquel il veut l'attribuer, pour faire ensuite le partage du prix ; il préviendra ainsi toute difficulté (comp. Cass., 4 déc. 1839, D., 1840, I, 79 ; Genty, p. 106).

Mais si ce procédé ne peut pas être employé, nous pensons qu'il a le droit de placer cet immeuble dans l'un des lots (comp. Caen, 15 juin 1855, Jourdan, Dev., 1838, II, 521 ; Agen, 10 mai 1838, Lapeyrere, Dev., 1838, II, 375 ; Grenoble, 27 déc. 1851, Guignard, Dev., 1852, II, 211 ; Agen, 28 fév. 1849, Gouget, Dev., 1853, II, 134 ; Nîmes, 20 nov. 1854, Dumon, Dev., 1854, II, 689 ; Cass., 7 août 1860, Payenneville, Dev., 1861, I, 977 ; Agen, 11 juill. 1861, Bacqué, Dev., 1861, II, 375 ; Agen, 1er juin 1864, Escabasse, Dev., 1864, II, 130 ; Agen, 7 févr. 1865, Guérin ; 22 mars 1865, Cassang, Dev., 1865, II, 65, 66 ; Merlin, *Répert.*, v° *Partage d'ascendant*, n° 12 ; Delvincourt, t. II, p. 150 ; Grenier, t. III, n° 399 ; Duranton, t. IX, n° 758 ; Dubernet de Boscq, *Revue crit. de jurisprud.*, 1854, t. V, p. 221, 222 ; Taulier, t. IV, p. 209, 210 ; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nos 4484, 4498 ; Saintespès-Lescot, t. V, nos 1844, 1848).

M. Dubernert de Boscq vient de reprendre encore cette thèse, dans une brochure que le savant magistrat a intitulée : *Une réclamation à M. Demolombe.* (Agen, 1867.)

205. — C'est aux magistrats qu'il appartient d'apprécier, en fait, si l'ascendant s'est conformé, dans son partage, aux règles que nous venons d'exposer (*supra*, nos 202 et suiv.).

Lorsqu'il s'agit de l'égalité *en valeur*, qui doit régner entre les lots, le législateur a bien pu déterminer d'avance dans quels cas le partage pourrait être rescindé pour violation de cette égalité ; et il a fixé, en effet, *le chiffre* où la lésion deviendrait une cause de rescision (art. 887, 1079).

Mais aucune détermination, *a priori*, n'était possible,

en ce qui concerne l'égalité *en nature*, qui ne peut être appréciée qu'eu égard aux différentes espèces de biens, qui forment l'objet du partage.

Le législateur ne pouvait donc, pour cette cause de nullité, que s'en remettre à l'appréciation des juges du fait (comp. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 672; Cass., 2 déc. 1862, Péraud, Dev., 1864, I, 124).

Ajoutons, toutefois, que dans cette appréciation, les magistrats doivent tenir compte, non pas des convenances personnelles des enfants, mais de la nature des biens qu'il s'agit de partager; la question à résoudre étant, en effet, surtout de savoir : si les biens eux-mêmes peuvent être partagés commodément, ou s'il ne convient pas d'éviter des morcellements, qui en diminueraient la valeur et en rendraient l'exploitation plus difficile ou moins productive.

Peut-être, est-il permis de remarquer que les décisions judiciaires qui ont été rendues sur ce sujet, ont fait parfois une part trop large aux convenances personnelles des enfants, en maintenant des partages dans lesquels les ascendants avaient attribué à l'un beaucoup plus d'immeubles qu'à l'autre, sans que cette inégalité de répartition parût suffisamment motivée par l'état matériel des biens eux-mêmes. (Comp. *les Citations, supra,* n° 205; Genty, p. 144).

206. — Lorsqu'il est reconnu, en fait, que l'ascendant a violé la règle, qui commande l'égale répartition des biens de même nature, lorsqu'il a, par exemple, attribué à l'un tous les immeubles, et à l'autre seulement les meubles, sans que cette inégalité *en nature* puisse être justifiée, la nullité du partage doit être prononcée; car l'acte qui a été fait par l'ascendant, n'est pas celui que la loi l'autorisait à faire (comp. notre *Traité des Successions*, *loc. supra, cit.*).

De là les conséquences suivantes :

1° Le juge ne pourrait pas maintenir un tel partage, en

se bornant à imposer au défendeur l'obligation de fournir au demandeur une bonification représentative du préjudice qu'il aurait éprouvé. Nous devons dire pourtant, que la Cour de cassation paraît avoir admis la doctrine contraire (12 août 1840, de La Fremondière, Dev., 1840, I, 678); mais cette doctrine n'est pas, suivant nous, juridique; car il s'agit, non pas d'une action en rescision pour cause de lésion dans la valeur estimative des lots, mais d'une action en nullité qui, bien que fondée aussi sans doute sur la lésion, a néanmoins directement pour cause la violation de l'une des règles essentielles du partage (comp. Genty, p. 325, 326).

2° Par suite, l'action en nullité devrait être admise, lors même que le défendeur offrirait de prouver que l'inégalité *en nature*, dont le demandeur se plaint, ne lui a causé aucune lésion.

3° Enfin l'article 891 ne serait pas applicable; et l'exercice de l'action en nullité ne saurait être arrêté par l'offre que le défendeur ferait au demandeur d'un supplément de sa portion héréditaire (comp. Cass., 10 nov. 1847, Mazoyer, D., 1848, I, 195; Rouen, 9 mars 1855, Dufour, Dev., 1855, I, 785, en note; Cass., 25 fév. 1856, Guérin, Dev., 1856, I, 305; Genty. *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 223).

207. — Aux termes de l'article 1080:

« L'enfant, qui, pour une des causes exprimées en « l'article précédent, attaquera le partage fait par l'as« cendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation; « et il les supportera, en définitive, ainsi que les dépens « de la contestation, si la réclamation n'est pas fon« dée. »

Le législateur a voulu prévenir, le plus possible, les actions téméraires, par lesquelles les enfants, dans un accès de mauvaise humeur et de jalousie, seraient tentés de demander la rescision du partage fait par leur ascendant.

Et il a élevé, en faveur de ce partage, une présomption d'équité et de légalité, plus forte encore que celle qui protége, en général, les autres actes.

208. — En conséquence : 1° L'enfant demandeur en rescision du partage doit faire l'avance des frais de l'estimation ;

Disposition qui n'a pas seulement pour but de faire, s'il est permis de dire ainsi, qu'il *y regarde à deux fois*, avant d'entamer le procès, mais qui est aussi un moyen de s'assurer, dans l'intérêt des autres enfants, que le payement de ces frais sera prompt et facile (comp. Genty, p. 320).

Il est d'ailleurs bien entendu qu'ils lui seront remboursés, s'il gagne son procès.

209. — 2° L'enfant demandeur en rescision doit, s'il succombe, supporter les dépens de la contestation.

Mais, dira-t-on, tel est le droit commun, d'après l'article 130 du Code de procédure, qui porte que : « Toute « partie qui succombera sera condamnée aux dépens. »

Il est vrai; mais l'article 131 ajoute que : « Pourront « néanmoins les dépens être compensés, en tout ou en « partie, ... entre frères et sœurs.... »

Or, c'est à ce dernier article que notre article 1080 déroge; le législateur ayant voulu refuser le bénéfice de cette compensation à l'enfant qui a mal à propos demandé la rescision du partage paternel.

Aussi, la décision judiciaire qui l'aurait admise, devrait-elle être, en effet, cassée pour violation du texte même de l'article 1080 (comp. Duranton, t. IX, n° 660; Genty, p. 330; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 234; Colmet de Santerre, t. IV, n° 248 *bis*).

210. — Mais, au contraire, si l'enfant demandeur en rescision gagne son procès, le droit commun reprend son empire.

Et il y a lieu, dès lors, d'appliquer non-seulement l'article 130, mais aussi l'article 131.

De ce que, en effet, la loi a refusé le bénéfice de la compensation des dépens à l'enfant qui a succombé en attaquant le partage de l'ascendant, il ne s'ensuit pas qu'elle doive le refuser à celui qui a succombé en le défendant (comp Duranton, t. IX, n° 660; Marcadé, art. 1080; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 427; Genty, p. 330; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 399, note *a*).

211. — La Cour de Riom a jugé qu'il ne résulte pas de l'article 1080 que l'enfant demandeur en rescision soit obligé de consigner le montant des frais (10 mai 1851, Coladon, Dev., 1851, II, 598).

On ne doit pas, sans doute, aggraver l'obligation que la loi lui impose.

Mais il importe aussi que l'accomplissement de cette obligation soit assuré; et nous pensons qu'il appartiendrait aux magistrats d'y aviser, au moyen des mesures conservatoires que la situation pourrait exiger (comp. Dalloz, *Rec. alph.*, *h. v.* n° 4626; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1866).

212. — Du texte de l'article 1080, il résulte qu'il est applicable à l'enfant qui attaquera le partage *pour une des causes exprimées en l'article précédent;*

C'est-à-dire exprimées en l'article 1079, qui établit l'action en rescision pour cause de lésion, et l'action en rescision pour cause d'avantage excédant la quotité disponible.

D'où il faut conclure que l'article 1080 n'est pas applicable à l'enfant qui attaque le partage pour la cause exprimée en l'article 1078.

C'est que, dans ce cas, il s'agit, non pas d'une action en rescision, mais d'une action en nullité; ou plutôt même c'est que le partage alors est réputé ne pas exister aux yeux de la loi; si bien qu'il peut en être demandé un n uveau, non-seulement par les enfants qui n'y ont pas été compris, mais encore par ceux qui y ont été compris.

Aussi, cette solution est-elle incontestée (comp. Genty, p. 330.

213. — Mais, au contraire, des dissidences se sont élevées sur le point de savoir s'il faut appliquer l'article 1080 à l'enfant qui demande la rescision du partage soit pour cause d'inobservation des articles 826 et 832, pour l'une des causes du droit commun, telles, par exemple, que les vices du consentement, erreur, dol ou violence?

L'affirmative est enseignée par M. Genty :

« Si la lettre de la loi nous manque, dit-il, nous avons du moins son esprit manifeste. Le Code n'avait, dans l'article 1079, porté son attention que sur deux causes de rescision ; voilà pourquoi les termes de l'article 1080 ne se réfèrent point à d'autres. Mais, de même que nous devons appliquer les autres causes de rescision que reconnaît le droit commun, de même nous devons punir la témérité du descendant, qui les alléguerait injustement. En cela, nous n'étendrons pas une peine hors de l'hypothèse pour laquelle elle est établie ; nous l'appliquerons simplement à des cas que le législateur comprenait implicitement dans sa pensée. » (P. 331.)

Cet argument est sérieux ; et on peut ajouter qu'à n'appliquer point l'article 1080 aux autres causes de rescision, on introduit dans la loi une différence sans motif ou plutôt une contradiction.

Toutefois, en présence d'un texte aussi formel que celui de l'article 1080, nous n'oserions proposer de l'étendre à d'autres causes de rescision que *celles exprimées en l'article précédent*.

Tout au plus, pourrait-on distinguer entre la demande en rescision pour cause d'inobservation des articles 826 et 832, et la demande en rescision pour causes de vices du consentement, et déclarer que l'article 1080 est applicable à la première qui, ayant elle-même pour origine une espèce de lésion, semble rentrer dans les causes

exprimées en l'article 1079, et qu'il est, au contraire, inapplicable à la seconde, qui n'est qu'une cause de rescision du droit commun, tout à fait étrangère à cette idée de lésion, sur laquelle l'article 1079 est fondé.

Et encore, le plus sûr serait-il, à notre avis, de s'en tenir au texte si précis de la loi, et de restreindre, en effet, l'article 1080 aux causes de rescision *exprimées en l'article précédent* (comp. Orléans, 15 janv. 1853, Firmin Carré, arrêt inédit, cité par M. Troplong, t. IV, n° 2339; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 334 et 240; Dalloz, *Rec. alph.*, *h.v.* n° 4629).

B. — *A quelle époque les actions en nullité, en rescision, ou en réduction, contre le partage d'ascendant, s'ouvrent-elles ? — Et quelle en est la durée ?*

SOMMAIRE.

214. — I. Du cas où le partage a été fait par testament. Ce n'est alors que du jour de la mort de l'ascendant que peuvent s'ouvrir les actions en nullité, en réduction, ou en rescision, auxquelles il peut donner lieu.

215. — Suite. — *Quid*, si le testament qui renferme le partage, n'a été découvert que postérieurement à la mort de l'ascendant?

216. — Quelle est la durée des actions en nullité, en réduction, ou en rescision, qui peuvent être formées contre le partage fait par testament?

217. — II. Du cas où le partage a été fait par donation entre-vifs. — Exposition. — A quelle époque s'ouvre l'action en nullité, résultant de l'article 1078? — Et quelle en est la durée?

217 *bis*. — Suite.

218. — A quelle époque s'ouvrent les actions en rescision ou en réduction, qui résultent de l'article 1079? — Trois systèmes sont en présence : *a*. D'après le premier système, c'est du jour de la donation entre-vifs, que s'ouvrent toutes les actions auxquelles le partage peut donner lieu : non-seulement l'action en rescision pour cause de lésion, mais encore l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

219. — *b*. Le second système distingue entre l'action en réduction, qui ne doit s'ouvrir, d'après lui, qu'à l'époque du décès, et l'action en rescision, qui doit, au contraire, s'ouvrir à l'époque de la donation.

220. — *c*. Enfin, le troisième système décide que ce n'est qu'à l'époque du décès de l'ascendant que peut s'ouvrir non-seulement l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, mais encore l'action en rescision pour cause de lésion.

214. — I. La thèse, que nous avons ici à résoudre, ne saurait guère offrir de difficulté, lorsqu'il s'agit d'un partage fait par testament.

Il est évident qu'aucune action, quelle qu'elle soit, en nullité, en rescision, ou en réduction, ne peut alors s'ouvrir avant la mort de l'ascendant testateur (art. 895; *supra*, n° 92).

Et c'est, en effet, seulement du jour de sa mort, que s'ouvrent, avec sa succession, les actions auxquelles le partage testamentaire peut donner lieu.

215. — Ce n'est pas même du jour de sa mort, que ces actions s'ouvriraient, dans le cas où le testament, qui renferme le partage, n'aurait été découvert que postérieurement.

La logique et la raison exigeraient, en effet, dans ce cas particulier, que la prescription de ces actions ne commençât à courir que du jour de cette découverte (arg. de

l'art. 1304; comp. Duranton, t. IX, n° 646; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 237).

216. — Quant à la durée des actions, qui peuvent s'ouvrir contre le partage testamentaire, ce qu'il y a de plus simple, et, suivant nous, aussi de plus vrai, c'est de dire qu'elle est, dans tous les cas, de trente ans.

La règle est, en effet, que : « Toutes les actions, tant « réelles que personnelles, sont prescrites par trente « années » (art. 2262), à l'exception de celles qu'un texte spécial a soumises à une prescription plus courte;

Or, il n'y a aucun texte qui abrége la durée de la prescription des actions par lesquelles le partage testamentaire d'un ascendant peut être attaqué.

Invoquera-t-on l'article 1304, qui limite à dix ans l'action en nullité ou en rescision d'une convention?

Oui, d'une *convention!* mais le testament n'est pas une convention.

Cette doctrine est certaine :

1° Relativement à l'action en nullité, qui dérive de l'article 1078, lorsque tous les enfants et descendants n'ont pas été compris dans le partage, si tant est même qu'il soit alors besoin d'intenter une action en nullité (*supra*, n°s 167, 168);

2° Relativement à l'action en réduction qui dérive du second alinéa de l'article 1079, lorsque la réserve de l'un des enfants est atteinte, si, en effet, on voit, dans ce second alinéa, une action en *réduction*, et non pas une action en *rescision* (*supra*, n° 189).

Mais nous reconnaissons que notre doctrine peut paraître contestable :

3° Relativement à l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart, qui résulte du premier alinéa de l'article 1079;

4° Relativement à l'action en nullité ou en rescision pour violation de la règle de l'égalité *en nature*, qui résulte des articles 826 et 832.

Trente ans! c'est bien long pour de telles actions, qui exigent des estimations et des expertises, qu'un certain intervalle de temps, même beaucoup plus court que cela, peut rendre souvent très-difficiles, si ce n'est même impossibles (comp. art. 1676; Duranton, t. IX, n° 646; Genty, p. 329, n° 55; Zachariæ, § 734 et note 11).

Il est vrai; mais cette considération, si grave qu'elle soit, ne saurait, à notre avis, l'emporter sur le texte si précis de nos articles; et c'est au législateur seul qu'il appartiendrait d'y introduire une réforme à laquelle nous-même nous applaudirions.

Nous reviendrons, d'ailleurs, sur ce point, lorsque nous exposerons la théorie, qui forme la base de l'article 1304 (comp. Troplong, t. IV, n° 2331; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 237; Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, VIII).

217. — II. Supposons maintenant qu'il s'agit d'un partage d'ascendant fait entre-vifs.

Il s'en faut que la thèse soit aussi simple!

Écartons, toutefois, d'abord une première action, qui ne peut pas faire plus de difficulté dans le cas d'un partage entre-vifs que dans le cas d'un partage testamentaire.

C'est celle qui résulte de l'article 1078, lorsque tous les enfants n'ont pas été compris dans le partage.

Le texte est, en effet, formel!

« Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants *qui existeront* A L'ÉPOQUE DU DÉCÈS, et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout... »

Cet article est absolu; il ne distingue pas le partage fait entre-vifs d'avec le partage fait par testament.

Et ce n'est certainement, dans l'un comme dans l'autre cas, *qu'à l'époque du décès* de l'ascendant que peuvent naître soit l'action des enfants qui n'ont pas été compris dans le partage, soit l'action correspondante des enfants qui y ont été compris; actions en pétition d'hérédité,

plutôt encore qu'actions en nullité de partage, et qui ne peuvent naître que par l'ouverture de la succession, c'est-à-dire à cette époque seulement où les enfants acquièrent le titre d'héritiers, et, par suite, le droit de réclamer leur part héréditaire ! (Comp., *supra*, n° 160.)

C'est assez dire aussi que cette action-là, de part et d'autre, a une durée de trente ans (art. 2262).

217 *bis*. — Mais, pourtant, s'il survenait ensuite un nouvel enfant, ou même deux enfants et plus encore, à cet ascendant, qui a partagé, par donation entre-vifs, tous ses biens entre ses enfants, sous la condition seulement, par ceux-ci, de lui servir une modique pension pour ses besoins personnels ?

Comment ferait-il pour nourrir ces nouveaux enfants, et pour les élever ?

Il aurait le droit de demander à ses enfants une pension alimentaire, en vertu de l'article 205, à raison des charges nouvelles, qui lui seraient survenues.

Situation difficile, sans doute, et très-intéressante, mais à laquelle nous n'apercevons pas d'autre moyen de subvenir.

Ce qu'il faut ajouter, d'ailleurs, c'est qu'il n'y en a pas beaucoup d'exemples; les partages entre-vifs n'étant faits d'ordinaire par les ascendants qu'à un âge avancé déjà, et après lequel ils n'ont plus d'enfant (comp., *infra*, n° 221).

Il y en a des exemples, pourtant ; et nous avons vu, en effet, un père qui, s'étant remarié après avoir partagé entre-vifs tous ses biens entre les enfants de son premier mariage, avait eu trois enfants de son second mariage.

Nouveau danger donc des partages entre-vifs, et qui prouve qu'il faut prendre garde de se dépouiller absolument de tout !

218. — Mais restent :

1° L'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart (art. 1079, 1er alinéa) ;

2° L'action, soit en rescision pour simple lésion, soit en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, suivant l'opinion, que l'on se forme du second alinéa de l'article 1079;

3° L'action en nullité pour violation de la règle de l'égalité en nature prescrite par les articles 826 et 832.

A quelle époque ces actions-là s'ouvrent-elles dans le cas d'un partage entre-vifs?

Difficile problème, où se trouve engagée la théorie tout entière des partages d'ascendants faits par donation entre-vifs, et qui va nous offrir le spectacle de ces évolutions mémorables de la jurisprudence, dans lesquelles les Cours impériales ont lutté contre la Cour de Cassation (la lutte n'est pas finie!), et la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation contre la Chambre civile, et dont M. Labbé a pu dire : *qu'il ne pouvait s'empêcher de les comparer aux oscillations du pendule!* (*J. du P.*, 1864, p. 934.)

Hélas! nous arrivons rarement, du premier bond, à la vérité! et ce n'est souvent qu'après beaucoup de revirements et de contradictions, qu'elle finit par nous apparaître; ceci en est un grand exemple, et qui aurait pu fournir à Montaigne une preuve encore à l'appui *de l'incertitude de nos jugements!*

Trois systèmes principaux se sont produits :

a. D'après le premier système, c'est du jour même de la donation entre-vifs, que s'ouvrent toutes les actions auxquelles le partage peut donner lieu : non-seulement, donc, l'action en rescision pour cause de lésion, mais encore l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve.

L'idée fondamentale sur laquelle il repose, c'est que le partage d'ascendant, lorsqu'il a lieu par donation entre-vifs, constitue, quant aux biens qui y sont compris, une ouverture anticipée de la succession; et qu'il est, quant à ces biens, dès actuellement complet et définitif; de

sorte que toutes choses doivent être, en effet, dès actuellement réglées, quant à ces biens, d'une manière définitive et complète, comme si la succession de l'ascendant était ouverte par sa mort.

Et si, à l'époque de sa mort, l'ascendant laisse des biens, qu'il n'aurait pas compris dans son partage, ou qui lui seraient survenus depuis, ce sera une succession nouvelle, tout à fait distincte de la première, et qui devra être elle-même l'objet d'un règlement distinct et d'un partage indépendant de l'autre.

Cette doctrine résulte, dit-on, soit de l'article 1076, qui porte que le partage d'ascendant fait entre-vifs, est soumis *aux formalités, conditions et règles de la donation entre-vifs* (art. 894); soit de l'article 1077, qui démontre la perfection actuelle et la complète indépendance du partage entre-vifs, en décidant que les biens que l'ascendant n'aurait pas compris dans son partage, feront seuls l'objet d'un autre partage, conformément à la loi; ce qui prouve que les biens déjà partagés sont irrévocablement sortis de son patrimoine, et n'y doivent plus du tout figurer.

Or, d'après cette prémisse, c'est évidemment du jour même du partage que doivent s'ouvrir les actions auxquelles il peut être soumis; cette déduction est, en effet, conforme au principe général d'après lequel, aux termes de l'article 1304, le délai de dix ans, dans lequel l'action en rescision ou en nullité peut être formée contre une convention, commence à courir dès le jour même de cette convention; et voilà aussi ce que suppose l'article 1079, qui, en accordant aux copartagés deux actions pour attaquer le partage, ne décrète aucune disposition spéciale sur la durée et le point de départ de ces actions.

En effet, dès le jour de la donation entre-vifs, chacun des enfants copartagés est devenu actuellement et irrévocablement propriétaire des biens qui forment son lot;

et par conséquent, dès ce jour, les biens ont été à ses risques; c'est pour lui qu'ils ont augmenté! c'est pour lui qu'ils ont diminué ou péri! donc, c'est de ce jour que doivent être appréciées, eu égard à l'état et à la valeur des biens, les conditions de validité du partage, soit sous le rapport de la lésion, soit sous le rapport de la réserve et de la quotité disponible; donc, c'est dès ce jour aussi que s'ouvrent les actions en rescision ou en réduction.

Et si on oppose à cette théorie les articles 855, 860 et 863, desquels il résulte, au contraire, que l'héritier donataire d'un immeuble en avancement d'hoirie, ne supporte pas les détériorations ou la perte qui proviennent d'un cas fortuit, pas plus qu'il ne profite des augmentations qui proviennent d'une telle cause; elle répond que ces articles, qui règlent les conséquences de l'obligation du rapport par suite duquel les biens donnés entre-vifs rentrent dans la succession du donateur, ne sont pas applicables au partage d'ascendant, qui est exclusif de l'obligation du rapport, et dont l'effet est que les biens partagés par l'ascendant demeurent toujours en dehors de sa succession!

On ajoute enfin, que, « en admettant le partage entre-vifs, le législateur a eu en vue l'intérêt des familles,... la prompte consolidation des biens, leur libre disposition, l'intérêt même du commerce et de l'industrie, et que ce but éminemment louable ne serait jamais atteint dans le système contraire;... que ce système bouleverserait les familles, détruirait les conventions matrimoniales intervenues, rendrait, pendant de longues années, tout à fait incertain le sort des propriétés partagées, et ferait de ces pactes, que la loi a envisagés d'un œil favorable, une pépinière de procès souvent inextricables.... » (Dijon 11 mai 1844, cité *infra*.)

Tel est ce premier système; on peut le voir résumé, avec une grande vigueur, dans les arrêts de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation du 12 juillet 1836

(Dumas-Rambaud, Dev., 1836, I, 534) et du 4 février 1845 (de Meillonas, Dev., 1845, I, 305), rendus tous les deux au rapport de M. le conseiller Lasagni.

Il est vrai que l'arrêt du 4 février 1845 n'a pas décidé précisément la question de savoir à quelle époque s'ouvrent les actions en rescision ou en réduction contre le partage d'ascendant fait entre-vifs; il s'agissait, dans l'espèce de cet arrêt, de la question de savoir si les biens compris dans un partage d'ascendant fait entre-vifs doivent être réunis fictivement, d'après l'article 922, aux biens existants dans la succession, pour la détermination de la quotité disponible. Mais ces deux questions n'en font qu'une; car elles dépendent du même principe; c'est ce que M. le conseiller Renault d'Ubexi a très-bien démontré dans son rapport sur l'affaire *Aubry*. (13 fév. 1860, Dev., 1860, I, 552.)

Aussi, nous paraît-il certain que M. Troplong ne demeure pas conséquent avec lui-même, lorsque, après avoir approuvé la doctrine de l'arrêt du 4 février 1845, il désapprouve la doctrine de l'arrêt du 12 juillet 1836; c'est-à-dire lorsque, après avoir enseigné que les biens compris dans un partage d'ascendant entre-vifs, ne doivent pas être réunis fictivement aux biens existants pour le calcul de la quotité disponible, il enseigne que les actions en rescision ou en réduction contre ce partage ne s'ouvrent qu'à l'époque du décès de l'ascendant (comp. Troplong, tome II, n° 964, et tome IV, n° 2331; *voy.* aussi Coulon, *Quest. de droit*, 1853, p. 332).

Ces deux propositions sont, à notre avis, inconciliables!

« Dès l'instant, dit M. d'Ubexi (*loc. supra cit.*), où les biens partagés et ceux existants au décès, forment deux masses distinctes, qu'aucun lien de droit ne rattache l'une à l'autre, et qui se liquident séparément et indépendamment l'une de l'autre, il n'y aurait plus de raison pour reculer jusqu'au décès de l'ascendant le point de départ

de la prescription; le sort du partage, sous le double rapport de la lésion et de la quotité disponible, n'étant point, dans ce système, subordonné aux éventualités de la succession, l'action s'ouvre immédiatement au profit de l'héritier lésé; et aucun motif juridique et légal ne saurait en suspendre la prescription....

Cela nous paraît manifeste! (Comp. *supra* n° 131; le tome II de ce *Traité*, nos 320, 321; Cass., 12 juillet 1836, Dumas-Rambaud, Dev., 1836, II, 534; Dijon, 11 mai 1844, de Kolly, Dev., 1844, II, 669; Cass., 4 février 1845, de Meillonas, Dev., 1845, I, 205; Bordeaux, 23 mai 1846, Veau, Dev., 1847, II, 178; Taulier, t. IV, p. 212, 213; Coin-Delisle, *Revue crit. de Jurisprud.*, 1854, p. 113 et suiv.)

219. — *b.* Tel est, disons-nous, ce premier système; et peut-être devons-nous reconnaître qu'il semble, en effet, à première vue, et pour ainsi dire, instinctivement conforme à cette idée de *présuccession*, qu'éveillent dans l'esprit ces actes, que la pratique précisément qualifie de *partages anticipés*.

Mais un examen plus attentif nous paraît démontrer que cette idée n'est pas exacte et qu'elle viole, en même temps que les textes de notre Code, les principes du droit privé :

Aux termes de l'article 718, la succession ne s'ouvre que par la mort; et il est aussi impossible qu'une même personne laisse deux successions, qu'il est impossible qu'elle meure deux fois! l'indivisible unité de la personne entraîne nécessairement l'unité indivisible de son patrimoine; et c'est plus qu'une hardiesse, c'est un paradoxe intolérable de prétendre que la même personne pourrait laisser deux successions, à savoir : l'une qui s'ouvrirait de son vivant; l'autre, qui s'ouvrirait après sa mort; et que dis-je? deux successions, il faudrait ajouter trois ou quatre successions, si elle avait fait de ses biens trois ou quatre partages partiels par donation entre-vifs; puisque

d'après cette théorie, chacun des partages constituerait, quant aux biens qui y seraient compris, autant de successions distinctes et indépendantes les unes des autres!

Cela est inadmissible!

C'est bien aussi ce que reconnaît le second système, quant à l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve; il convient que cette action, qui implique la qualité d'héritier, ne peut s'ouvrir qu'avec la succession de l'ascendant, et qu'ainsi l'exigent les articles 920 et 922.

Mais il en est autrement, dit-il, de l'action en rescision pour cause de lésion; et il invoque, à l'appui de cette distinction, l'ancien droit, les textes nouveaux et l'intention du législateur :

1° En effet, Boullenois, dans *ses Questions sur les démissions de biens* (quest. VII), après avoir décidé que, « pour connaître si le partage est conforme à la loi, il faut le considérer dans le moment du décès du démettant, et non pas dans le moment de la démission, » n'applique lui-même cette règle qu'à l'action en retranchement pour la légitime.

« Ainsi, dit-il, si un père a fait des inégalités dans son partage, et qu'il soit question de savoir si ces inégalités blessent la légitime, c'est le moment du décès du père qu'il faudra considérer. »

Mais aussitôt il ajoute :

« *Quid juris,* si, depuis le partage fait en conséquence de la démission, il était survenu, sur quelques-uns des effets partagés, un cas fortuit et de force majeure, qui eût fait périr la portion d'un des démissionnaires; la perte tomberait-elle sur ce démissionnaire seul, ou se devrait-elle répartir sur la masse universelle, arrivant la mort du démettant; en sorte qu'il fallût procéder à un nouveau partage et indemniser le démissionnaire? la grande maxime est que la chose périt toujours pour le propriétaire dans les cas fortuits; or, nous ne pouvons nous dispenser de

regarder ce démissionnaire partagé comme propriétaire du jour du partage. »

2° Les textes de notre Code ont consacré cette maxime.

L'article 1075, en effet, ne dit pas que les ascendants pourront faire une distribution, qui sera d'abord, de leur vivant, une simple donation entre-vifs, et qui ne deviendra un partage qu'après leur mort, par une transformation de son caractère premier; ce que l'article 1075 autorise les ascendants à faire entre-vifs, c'est-à-dire actuellement et de leur vivant même, c'est *le partage* de leurs biens!

Donc, tel est le caractère unique et primordial de leur acte!

Donc, l'action en rescision pour cause de lésion est aussi, dès actuellement, ouverte!

Et, par une autre conséquence non moins inévitable, il faut y appliquer aussi le principe consacré par l'article 890, que, « pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. »

Enfin, on ajoute que cette doctrine est la seule qui puisse atteindre le but, que le législateur s'est proposé, en admettant les partages d'ascendant, et que la doctrine contraire renferme des inconvénients d'une telle gravité, qu'elle tromperait presque toujours les plus habiles prévoyances :

Nous ne saurions mieux faire que de reproduire le tableau qu'en a tracé l'un de ses plus savants adversaires, M. Labbé.

« L'ascendant, qui procède à la distribution de ses biens entre ses enfants, avec le soin le plus scrupuleux, l'impartialité la plus parfaite, n'est pas sûr d'avoir prévenu toute cause de contestation à propos du partage de sa fortune; il est possible qu'une variation survenant dans la valeur des biens, entre la confection de l'acte et la mort de l'ascendant produise, entre les lots une inégalité qui soit une cause de rescision. L'œuvre du père de famille est alors réduite à néant; la stabilité du

partage dépend du hasard ; un acte qui devait fixer définitivement le sort et les droits des membres d'une famille, est soumis aux éventualités de l'avenir. On dit que l'ascendant est, en cette circonstance, revêtu par la confiance du législateur, du caractère de magistrat domestique; singulier magistrat que celui duquel on exige, pour que sa sentence soit respectable, non la connaissance du présent, mais la prévision de l'avenir ! Il se peut que le père de famille survive dix ans, quinze ans et plus, à la distribution qu'il a faite. Durant ce laps de temps, que d'événements peuvent survenir ! un chemin de fer, un pont, une rue, une source, un incendie, bien des causes diverses, peuvent exercer une influence inégale sur la valeur des immeubles, enrichissant celui-ci, dépréciant celui-là ! De telles variations sont encore plus à craindre pour les meubles. Ce retard dans le point de départ de la prescription prolonge le temps, pendant lequel la propriété est incertaine ; et pour les enfants, surtout si l'ascendant s'est réservé l'usufruit des biens, la propriété dont le partage les investit, n'offre presque plus que des charges et des dangers. « (*J. du P.*, 1863, p. 934-937; comp. Bordeaux, 1er avril 1833, Dev., 1833, II, 334; Limoges, 24 déc. 1835, Dumas-Rambaud, Dev., 1836, II, 78; Cass., 12 juill. 1836, mêmes parties, Dev., 1836, I, 534; Toulouse, 15 mai 1838, Roux, Dev., 1839, II, 50; Grenoble, 30 juill. 1839, Robert, Dev., 1840, II, 204; Grenoble, 6 mai 1842, Châtain, Dev., 1842, II, 433; Nîmes, 12 juill. 1842, Roche, Dev., 1842, II, 465; Bordeaux, 26 déc. 1845, Jacquaud, Dev., 1846, II, 242, Douai, 24 janv. 1846, Bruneau, Dev., 1846, II, 241; Montpellier, 22 déc. 1846, Tixador, Dev., 1847, II, 174; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Partage d'ascendant*, n° 102; Vazeille, *des Prescriptions*, t. II, n° 103; Duranton, t. IX, n° 646; Dubernet de Bocsq, *Revue crit. de jurisprud.*, 1859, t. XV, p. 251 et suiv., p. 481 et suiv.; 1861, t. XVIII, p. 33 et suiv. et p. 336 et suiv.;

Colmet de Santerre, t. IV, n° 247 *bis*, VII à XI; Coulon, *Quest. de Droit*, 1853, p. 336; Ancelot sur Grenier, t. III, n° 401, note *a*; Emile Paultre, *Revue du notariat et de l'enregistrement*, 1863, p. 821 et suiv.; Derôme, *Revue crit. de législat.*, 1866, t. XXVIII, p. 124).

220. — *c*. Voici enfin le troisième système, qui décide, sans distinction, que ce n'est qu'à l'époque du décès de l'ascendant, que peuvent s'ouvrir non-seulement l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, mais aussi l'action en rescision pour cause de lésion.

Ce système qui semble prévaloir dans la jurisprudence, est, en effet, suivant nous, le seul juridique; et nous croyons pouvoir le démontrer :

1° Il est vrai que Boullenois, dans notre ancien droit, paraît avoir enseigné la thèse contraire; mais cette thèse y était controversée, comme toute la matière, d'ailleurs, *des démissions de biens* et *des partages d'ascendants*; et c'est ainsi que Ferrières exprimait un sentiment différent de celui de Boullenois (comp. le tome V, n° 690).

2° Quoi qu'il en soit, les éléments de solution sont aujourd'hui, pour nous, les textes de notre Code, et les principes qu'ils ont consacrés; or, il nous paraît certain qu'il en résulte que toutes les actions quelconques, soit en nullité, soit en réduction, soit en rescision, que les enfants pourraient avoir à former contre le partage fait entre-vifs par leur ascendant, sont nécessairement renvoyées à l'époque de sa mort.

En ce qui concerne d'abord l'action en nullité pour cause d'omission de l'un des enfants, l'article 1078 est formel! et c'est bien certainement *à l'époque du décès*, qu'il faut se reférer pour savoir si le partage a été fait entre tous les enfants et descendants (*supra*, n° 217);

Or l'article 1079 fait suite et se lie à l'article 1078; c'est dans le même ordre d'idées que le législateur a décrété, en même temps, l'un et l'autre;

Donc, c'est aussi à l'époque du décès qu'il faut se référer pour savoir si le partage ne renferme pas une lésion de plus du quart, et si l'un des enfants n'a point, par l'effet du partage et des dispositions faites par préciput, un avantage plus grand que la loi ne le permet; ces mots : *à l'époque du décès*, écrits dans l'article 1078, sont sous-entendus dans l'article 1079 !

La raison et la logique l'exigent ainsi.

Si la donation entre-vifs par laquelle l'ascendant déclare faire, entre ses enfants, le partage de ses biens, avait, du vivant même de l'ascendant, le caractère d'un partage de succession et devait en produire les effets, il est manifeste qu'elle devrait, du vivant même de l'ascendant, comprendre tous ses enfants; et que celui d'entre eux, qui n'y serait pas compris, pourrait de suite en demander la nullité;

Or, tout au contraire, il ne le peut pas, tant que l'ascendant existe; et il ne le pourra qu'à l'époque de son décès;

Donc, cette donation ne constitue pas, en effet, tant que l'ascendant existe, le partage de sa succession; donc, elle n'est pas traitée comme telle!

Et maintenant, comment serait-il possible d'accorder, du vivant de l'ascendant, une action en rescision pour cause de lésion, à celui des enfants qui prétendrait n'avoir point reçu une part assez forte, quand l'enfant, qui n'a reçu aucune part, n'est pas fondé à se plaindre, tant que l'ascendant existe !

Ceci nous paraît décisif.

Et nous ne pouvons nous empêcher de regretter que notre honoré et cher collègue, M. Labbé, n'ait pas même cité l'article 1078 dans la dissertation, d'ailleurs si remarquable, par laquelle il a défendu la doctrine que nous combattons (*J. du P.*, 1863, p. 934-937).

3° Ce n'est pas seulement, au reste, le texte de la loi qui nous paraît décisif.

Nous ajoutons que le texte ainsi entendu est conforme aux vrais principes.

La succession ne s'ouvre que par la mort (art. 718); et ce n'est, en conséquence, qu'à *l'époque de la mort* de l'ascendant, que les enfants pourront devenir des *héritiers* et avoir *des droits héréditaires*.

Le second système reconnaît ce principe, quant à l'action en réduction pour cause d'atteinte à la réserve, parce que la réserve, dit-il, est un droit héréditaire qui ne s'ouvre que par la mort.

Mais il le nie, quant à l'action en rescision pour cause de lésion.

Eh bien ! c'est là, suivant nous, une inconséquence!

Est-ce que, en effet, le droit à l'égalité des lots, soit en valeur, soit en nature, n'est pas aussi uniquement un droit héréditaire?

Évidemment, oui!

Eh! quel droit donc les enfants pourraient-ils avoir à l'égalité, du vivant de l'ascendant, qui ne doit rien à aucun d'eux, tant qu'il existe?

Cette donation entre-vifs par laquelle l'ascendant a déclaré faire le partage de ses biens entre ses enfants, il était libre de ne pas la faire! et il a été libre, dès lors, de la faire comme il a voulu, soit en n'y comprenant pas l'un de ses enfants, soit en faisant aux uns une part beaucoup plus considérable qu'aux autres; car il était seul et absolu propriétaire! car il était le souverain dispensateur de sa fortune!

Aussi, les enfants ne sont-ils, tant qu'il existe, que des donataires, qui doivent se tenir pour contents chacun des biens qu'il lui a donnés! Cette donation est leur seul titre à la propriété des biens qui leur ont été donnés; et, quand ils parlent de l'attaquer, nous ne pouvons pas même les comprendre! car c'est leur titre même qu'ils attaqueraient, leur seul titre! et l'action en nullité ou en resci-

sion, qu'ils formeraient, ne pourrait avoir d'autre résultat que de leur faire tout perdre!

Ah! vous ne voulez plus de la donation telle que je vous l'ai faite, dira l'ascendant; eh bien! j'interviens au procès; je demande moi-même, avec vous, la rescision; et je conclus à ce que, si la donation telle que je l'ai faite et que j'ai seulement voulu la faire, est annulée, elle soit, en effet, considérée comme nulle, et à ce que mes biens me soient rendus!

Ces conclusions seraient, à notre avis, irrésistibles!

Duranton ne le pense pas, toutefois, ainsi; et il enseigne que : « La rescision du partage ne fait par rentrer les biens dans la main de l'ascendant....; Que cette rescision n'ayant lieu que dans l'intérêt de l'enfant lésé, elle laisse l'ascendant dans la position où il s'est mis lui-même; or, il s'était dépouillé actuellement et irrévocablement de la propriété des biens donnés et partagés. » (T. IX, n° 647.)

Telle est aussi la doctrine d'un arrêt de la Cour de Toulouse :

« Attendu que c'est aux copartageants (aux enfants), devenus propriétaires, qu'il appartient de proposer leurs exceptions tendant à repousser la demande en rescision, et non pas au donateur, qui jamais ne peut être appelé à défendre son œuvre; — Qu'il est vrai que le donateur, de son vivant, est maître de distribuer ses capitaux et ses revenus comme il l'entend; mais que ses biens, une fois donnés, sont tombés dans le domaine des donataires, et qu'eux seuls peuvent exciper de ce droit de disposition absolu qu'avait le donateur. » (12 août 1854, Mélier de la Barthe, Dev., 1855, II, 120; comp. Coin-Delisle, *Revue critique de jurisprudence*, 1854, p. 113 et suiv.)

Mais nous protestons contre une telle doctrine; il nous paraît certain, au contraire, non-seulement que l'ascendant a le droit d'intervenir dans toutes les contestations, dont le partage, fait par lui, pourrait être l'objet, mais

qu'il doit être mis en cause; et cela, dans tous les cas, sans distinguer s'il s'est réservé quelque droit dans l'acte de donation, une rente, par exemple, dont il aurait intérêt à demander le maintien, ou s'il ne s'est réservé aucun droit; car nous réclamons *toujours* pour lui *le droit de défendre son œuvre!* droit très-légitime, en vertu duquel il est fondé à dire que la donation, qu'il a faite, est *à prendre ou à laisser!* et en appliquant à cette question la formule, très-exacte, de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1863, nous dirons que *le partage, qui est ainsi effectué, est inséparable de la donation!* (Martial, Dev., 1864, I, 269.)

Comment! vous prétendez qu'on va déclarer nulle la donation, et que, sous le yeux même de l'ascendant, on va la *refaire* malgré lui, autrement qu'il ne l'a faite!

Mais les tribunaux, apparemment, ne peuvent pas faire une donation entre-vifs ni un partage au nom de l'ascendant; si le partage est annulé, il n'y a plus rien; et l'ascendant recouvre nécessairement sa propriété.

C'est bien différent après son décès! à cette époque, en effet, sa succession est ouverte; le droit héréditaire des enfants est acquis; si la donation tombe et qu'ils cessent d'être donataires, ils sont héritiers; et c'est en vertu de ce nouveau titre que la propriété des biens leur appartient et que le nouveau partage aura lieu.

Mais, de son vivant, ils ne sont que donataires; ils n'ont d'autre titre que la donation, telle que leur ascendant l'a faite; et si la donation tombe, ils ne sont plus rien! ils n'ont aucun titre!

Cette démonstration nous paraît prouver qu'il faut, en effet, reconnaître, dans la donation entre-vifs portant partage d'ascendant, deux caractères : l'un, actuel et certain, celui de donation; l'autre, futur seulement et éventuel, celui de partage de succession; et loin que cette décomposition et cette analyse aient rien de subtil ni de

forcé, elle est, au contraire, suivant nous, tout à fait conforme aux principes et à la vérité des faits.

C'est-à-dire, finalement, que la donation entre-vifs, portant partage d'ascendant, offre un ensemble d'avancement d'hoirie, et doit être gouvernée par les principes qui régissent les donations ainsi faites;

Or, la donation entre-vifs faite par avancement d'hoirie, est, comme toute donation, soumise à l'application de l'article 922, d'après lequel les biens donnés doivent être, pour le calcul de la quotité disponible, réunis aux biens existants, et estimés *d'après leur valeur au temps du décès du donateur ;*

Pareillement, elle est soumise à l'application des articles 855 et 863, d'après lesquels les détériorations ou la perte par cas fortuit, qui surviennent aux immeubles donnés, dans l'intervalle de la donation à la mort du donateur, sont au compte de la succession ;

Donc, tous ces articles sont applicables à la donation portant partage d'ascendant.

Et, par une conséquence non moins nécessaire, nous arrivons à conclure que l'article 890 y est applicable, et que, pour juger s'il y a lésion, il faut estimer les objets suivant leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant donateur.

Mais l'article 890 porte qu'il faut les estimer *d'après leur valeur à l'époque du partage !*

Sans doute ! et c'est bien là aussi ce que nous faisons; car *l'époque du partage*, l'époque où cette donation faite par l'ascendant, revêt le caractère de partage de sa succession, c'est précisément celle de son décès; et en estimant les biens d'après leur valeur à cette époque, nous appliquons l'article 890, comme nous venons d'appliquer les articles 855, 863, 922, en vertu du même principe, à savoir : que la succession de l'ascendant ne s'ouvre qu'à l'époque de sa mort; et que ce n'est qu'à cette époque que peut avoir lieu, définitivement, le règlement des droits

héréditaires de ses enfants (comp. Cass., 18 déc. 1848, Gladieux, Dev., 1849, I, 257; Cass., 14 juillet 1852, mêmes parties, Dev., 1852, I, 749).

4° Tel est, suivant nous, le principe fondamental sur lequel ce système doit être basé.

On ajoute, dans plusieurs décisions judiciaires, et chez quelques auteurs, d'autres motifs encore : qu'une action en nullité ou en rescision formée par les enfants, du vivant de l'ascendant, contre sa donation, serait, de leur part, un manquement à leur devoir de soumission et de respect (art. 371); — qu'ils pourraient craindre, d'ailleurs, de l'irriter et d'encourir ses ressentiments « *ne pejus faciat;* » et que le législateur a dû, en conséquence, ajourner, jusques après sa mort, l'époque où ces actions s'ouvriraient (comp. Devilleneuve, 1836, II, 78, *Observations;* Cass., 31 janv. 1853, Escoffier, Dev., 1853, I, 153; Cass., 6 févr. 1860, Lissandre, Dev., 1860, I, 428; Troplong, t. IV, n° 2231).

Nous acceptons aussi le secours de ces motifs qui sont, en effet, eux-mêmes très-graves; et nous nous félicitons de pouvoir y donner une satisfaction, qui assure, à l'ascendant, le respect de ses enfants durant sa vie, et aux enfants, après sa mort, toute la liberté qu'ils doivent avoir pour la défense des droits que la loi leur accorde (comp. Agen, 6 juill. 1824, Vincens, Sirey, 1825, II, 115; Bordeaux, 4 janv. 1827, Ardouin, Sirey, 1827, II, 85; Caen, 15 janv. 1835, Jourdan, Dev., 1838, II, 521; Nîmes, 17 mars 1841, Jalaguier, Dev., 1841, II, 235; Caen, 23 mai 1844, Morel, *Rec. de Caen*, 1844, p. 335; Cass., 2 août 1848, Vignier; et 16 juill. 1849, Besse, Dev., 1849, I, 258 et 622; Bordeaux, 30 juill. 1849, Leymarie, Dev., 1850, II, 27; Agen, 28 mai 1850, Rossignol, Dev., 1851, II, 177; Orléans, 17 janv. 1851, Thomas, Dev., 1851, II, 426; Cass., 18 déc. 1854, Carré, Dev., 1855, I, 572; Cass., 13 févr. 1860, Aubry, Dev., 1860, I, 562; Cass., 4 juin 1862, de Kerdoret, Dev., 1862, I,

785; Cass., 7 janv. 1863, Céby, Dev., 1683, I, 121; Cass., 28 juin 1864, Levesque; et 29 août 1864, Lagardère, Dev., 1864, I, 433, 435; sur le renvoi, Bordeaux, 3 mai 1865, Lagardère, Dev., 1865, II, 335; et *J. du P.*, 1865, p. 1243; Cass., 18 juin 1867, Boisset, Dev., 1867, I, 297; Cass., 24 juin 1868, Quillet, *le Droit* du 25 juin 1868; Solon, *des Nullités*, t. II, nº 490; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 316; Aubry et Rau, qui, après avoir adopté la doctrine contraire, sont revenus à celle-ci; conclusions de M. Pascalis, avocat général, dans l'affaire *Selva*, Cass., 30 juin 1847, Dev., 1847, I, 481, 493; Troplong, t. IV, nº 2331; Marcadé, *Revue crit. de jurisprud.*, 1851, p. 280; Genty, p. 258 et suiv.; Devilleneuve, *Observations*, 1850, II, 305, 307; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, nºs 4609 et 4651; Saintespès-Lescot, t. V, nºs 1845, 1855; Bertauld, *Revue crit. de Législat.*, 1868, t. XXXII, p. 472).

221. — Il y a, toutefois, une conséquence de cette doctrine qui peut paraître, nous en convenons, particulièrement regrettable; c'est celle qui, pour juger s'il y a lésion, veut que l'on estime les biens d'après leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant.

« C'est à ce point, dit M. Dubernet de Boscq, que de « pareils copartagés ne trouvent pas d'acquéreurs, et que « quelques-uns sont même en procès pour se faire payer « le prix, *attendu qu'il y a un juste sujet de craindre* » (art. 1653); l'honorable magistrat ajoute « *que, au barreau d'Agen, on donne pour avis de ne plus faire de ces « partages.* » (*Revue crit. de jurisprud.*, 1859, p. 255.)

On a vu l'énumération saisissante qu'a faite aussi M. Labbé de ces conséquences (*supra*, nº 219).

Et les couleurs n'en sont pas moins sombres dans le tableau que M. le président Réquier en a tracé.

Ce qu'il faut ajouter pourtant, c'est que ces conséquences ne sont pas toujours, en pratique, aussi graves qu'on les représente en théorie; les ascendants ne font, d'ordinaire, le partage entre-vifs de leurs biens qu'à un

âge assez avancé, pour que l'intervalle, qui s'écoule entre la donation et leur mort, ne soit pas généralement très-considérable (comp. *supra*, n° 217 *bis*).

Nous ne voulons pas nier, il est vrai, qu'un long intervalle s'y produit quelquefois; et on peut en voir un exemple dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de Grenoble, où l'ascendant avait survécu, pendant plus de seize ans, au partage entre-vifs qu'il avait fait entre ses enfants! (6 mai 1842, Chatain, Dev., 1842, II, 433.)

Aussi, plusieurs dissidences se sont-elles produites sur ce point.

C'est ainsi, d'abord, que la Cour de Poitiers, tout en admettant que l'action en rescision pour cause de lésion ne doit s'ouvrir qu'à l'époque du décès de l'ascendant, a décidé que la lésion doit s'apprécier d'après la valeur des biens à l'époque de la donation contenant partage : « *Attendu que les droits des enfants ont été fixés à l'é-* « *poque de ce partage....* » (5 mars 1862, Bouyer, *J., P.*, 1863, p. 940 ; comp. Agen, 16 mai 1866, Lagleyse Dev., 1866, II, 257; Agen, 12 déc. 1866, Gimat, Dev., 1868, II, 37).

Mais l'arrêt de la Cour de Poitiers a été cassé (28 juin 1864, Levesque, Dev., 1864, I, 433).

Et nous croyons qu'il devait l'être.

Si, en effet, les droits des enfants étaient fixés dès le jour de la donation, c'est-à-dire si le sort de l'acte, considéré *comme partage de succession*, était fixé invariablement dès ce jour, il n'y aurait aucun motif juridique pour suspendre jusqu'au décès de l'ascendant l'ouverture de l'action en rescision (arg. des art. 887, 1304, 1676).

Ajoutons que cet amendement lui-même est loin d'être exempt d'inconvénients! c'en serait un certes, et des plus graves, que cette estimation rétrospective, qu'il faudrait faire des biens, à l'époque plus ou moins reculée du décès d'après leur valeur à l'époque de la donation! M. Labbé remarque aussi, fort justement, qu'il offre

absolument le danger que l'on reproche à notre système, c'est-à-dire *l'incertitude de la propriété et la paralysie, qui en résulte pour tous les projets d'amélioration* (*J. du P.*, 1863, p. 937).

221 *bis.* — La doctrine, qui avait été consacrée par la Cour de Poitiers, vient, toutefois, d'être soutenue, avec une nouvelle force, par M. Réquier, dans l'article que nous avons déjà cité (*supra*, n° 190 ; *Revue historique de Droit français et étranger*, 1866).

Nous avons dit déjà que M. Réquier a publié, *sur les partages d'ascendants*, une excellente monographie, dans laquelle il reprend encore cette thèse.

Et nous ajoutons que M. le conseiller Dubernet de Boscq (de la Cour d'Agen aussi), vient également de s'en déclarer le partisan de plus en plus convaincu, dans son écrit, qu'il a intitulé : *Une réclamation à M. Demolombe*, (1867, Agen ; *supra*, n° 204.)

Les savants magistrats enseignent : 1° que l'action en rescision pour cause de lésion *prend naissance dès le jour même de l'acte*, et que, par conséquent, c'est d'après leur valeur au jour même de l'acte que les biens doivent être estimés ; — 2° mais que, pourtant, l'enfant lésé ne peut intenter utilement cette action qu'au jour du décès de l'ascendant, et que par conséquent la prescription ne commence à courir contre lui, qu'à compter de ce jour.

Mais pourquoi donc, si l'action est née dès le jour même de l'acte, l'enfant lésé ne peut-il pas, de suite, l'intenter ?

M. Réquier notamment répond que « *si l'enfant lésé faisait prononcer la rescision du partage pendant la vie de l'ascendant, il n'aurait plus aucun titre pour demander un nouveau partage ; et il se verrait privé de tout droit sur les biens rentrés dans le patrimoine du donateur ; il lui serait donc impossible d'obtenir la réparation de la lésion qu'il a éprouvée....* »

C'est ce que nous avons dit nous-même ; et voilà préci-

sément pourquoi nous avons conclu que l'action ne prend pas naissance du vivant de l'ascendant et qu'elle ne commence à exister qu'au jour de son décès (*supra*, n° 220).

Cette conclusion nous paraît rationnelle.

Comment admettre, en effet, que l'action en rescision pour cause de lésion *soit déjà née* du vivant de l'ascendant, lorsqu'il est reconnu que si l'enfant lésé exerçait cette action, *il lui serait impossible d'obtenir la réparation de la lésion qu'il a éprouvée!*

Est-ce que l'on peut dire d'une action qu'elle a pris naissance et qu'elle existe à une certaine époque, lorsque, en supposant qu'elle soit exercée à cette époque, elle serait radicalement impuissante à atteindre le résultat qu'elle se propose, bien plus, lorsqu'elle aboutirait à un résultat tout contraire! car si l'enfant lésé intentait l'action en rescision du vivant de l'ascendant, non-seulement il n'obtiendrait pas la réparation de la lésion; mais il perdrait tous les biens qui lui ont été donnés!

La vérité, au contraire, n'est-elle pas qu'une telle action n'est pas encore née?

Nous le croyons.

Aussi, la doctrine que nous combattons, est-elle entraînée à des conséquences, qui ne sont pas, à notre avis, plus admissibles que sa prémisse.

« *L'enfant lésé*, dit M. Réquier, *n'a pas besoin d'être héritier, pour exercer l'action en rescision pour cause de lésion;* mais il ne peut l'intenter utilement, qu'au décès de l'ascendant, lorsque, devenu héritier, il puise dans ce titre le droit de demander un nouveau partage. »

Il faut bien aller, en effet, jusqu'à dire que l'enfant lésé n'a pas besoin d'être *héritier* pour intenter l'action, dès que l'on dit que l'action est née à son profit, dès le jour de l'acte et *du vivant même de l'ascendant!*

Mais avons-nous besoin de démontrer que cette proposition n'est pas admissible?

Que l'enfant lésé renonce à la succession de l'ascendant

donateur, est-ce qu'il pourra intenter l'action en rescision pour cause de lésion?

Non, certainement! et c'est ce que le savant magistrat paraît d'ailleurs reconnaître, lorsqu'il ajoute que, au décès de l'ascendant, l'enfant lésé, *devenu héritier*, pourra l'intenter;

Donc, il faut, en effet, *qu'il soit héritier* pour l'intenter.

Donc, par une autre conséquence non moins nécessaire, cette action, qu'il ne peut intenter que *comme héritier*, ne saurait prendre naissance *avant l'ouverture de la succession.*

Il est, encore, un autre endroit par lequel la doctrine que nous combattons, est, suivant nous, inadmissible; c'est dans la distinction qu'elle établit entre les deux actions que l'article 1079 autorise contre le partage d'ascendant : l'une, qui serait *en rescision*, et qui naîtrait du vivant même de l'ascendant; l'autre, qui serait *en réduction*, et qui naîtrait seulement lors de son décès; on peut même dire que cette distinction fait la base de la doctrine tout entière.

Or, nous ne croyons pas qu'elle soit exacte; et nous espérons avoir établi, au contraire, que l'article 1079 n'autorise qu'une seule et même action, à savoir : une action en rescision pour cause de lésion, dont les conditions d'exercice sont seulement différentes dans les deux cas qu'il a prévus (*supra*, nos 289, 290).

De sorte que cette doctrine se trouve en contradiction avec elle-même, lorsqu'après avoir admis que l'action en rescision prend naissance, dans le premier cas, du vivant de l'ascendant, elle admet qu'elle ne prend naissance, dans le second cas, que du jour de son décès! (Comp. Cass.; 24 juin 1868, Quillet, *le Droit* du 24 juin 1868).

222. — M. Genty a présenté une distinction, qui constitue, pour ainsi dire, un sous-amendement de la doctrine de la Cour de Poitiers (*supra*, n° 221).

Le judicieux auteur, se fondant sur les articles 859 et

868, propose, pour juger s'il y a lésion, d'estimer les immeubles, d'après leur valeur au jour de la donation (p. 318, n° 53, et p. 326, n° 54).

Ce sera là, s'il est possible de l'admettre, une atténuation considérable des inconvénients qui résultent de l'instabilité du partage entre-vifs, subordonné qu'il est aux variations qui peuvent survenir dans la valeur des biens, jusqu'à l'époque du décès de l'ascendant.

Et, pour celle-ci, notre avis est, en effet, qu'elle doit être admise.

Le partage entre-vifs constitue, avons-nous dit, un ensemble d'avancements d'hoirie; et voilà pourquoi nous y appliquons les articles 855 et 863 ; or, cette appréciation de son caractère juridique ne doit-elle pas amener aussi, comme conséquence, l'application des articles 859 et 868 ?

C'est ce que nous croyons.

Il est vrai que, lorsqu'il s'agit d'une action en réduction, les meubles doivent être, aux termes de l'article 922, estimés, comme les immeubles, d'après leur valeur au temps du décès du donateur.

Mais nous avons remarqué que l'article 922 est spécial à l'action en réduction, et qu'il n'offre même pas peut-être une parfaite concordance de principes avec l'article 868 (comp. le tome II de ce *Traité*, n[os] 378 et suiv.).

223. — Une autre distinction, plus radicale, a été proposée par un savant magistrat de la Cour d'Agen, à qui nous devons aussi d'intéressantes études sur cette matière si ardue des partages d'ascendant.

D'après M. Dubernet de Boscq, il faut distinguer de quelle manière le partage a été fait :

L'ascendant a-t-il d'abord donné à ses enfants, par portions égales, l'ensemble indivis de ses biens, et opéré ensuite entre eux le partage? l'estimation pour juger s'il y a lésion, doit en être faite d'après leur valeur au jour de l'acte.

Mais, au contraire, l'estimation des biens doit être faite d'après leur valeur au jour du décès, lorsque l'ascendant a fait tout d'abord à chacun de ses enfants des attributions séparées d'objets distincts, sans leur avoir préalablement conféré un droit indivis sur la masse de ses biens.

Dans le premier cas, il y a eu, dit-il, un partage dès le jour même de l'acte;

Tandis que, dans le second cas, il n'y a eu dès le jour de l'acte, que des donations individuelles, juxtaposées, il est vrai, mais sans corrélation les unes avec les autres (comp. *Revue crit. de jurisprud. loc. supra cit.*).

Si ingénieuse que cette distinction puisse paraître, nous ne croyons pas pouvoir la proposer.

M. Labbé remarque, fort justement, qu'elle n'a rien de fondamental et qu'elle est basée sur de simples accidents de rédaction. Que l'acte, en effet, le dise ou ne le dise pas, l'ascendant, qui procède à un partage anticipé, a pour volonté première de donner à ses enfants ses biens et d'en opérer ensuite la distribution entre eux (*J. du P.*, 1863, p. 937).

Nous ajoutons que la distinction, à supposer qu'elle fût exacte, irait bien au delà des limites que l'honorable auteur lui assigne ! Si, en effet, on ne devait pas voir un partage dans l'acte par lequel l'ascendant, sans conférer d'abord à ses enfants collectivement un droit indivis dans la masse de ses biens, a procédé de suite, par voie d'attributions individuelles d'objets distincts à chacun d'eux, quelle en serait la consequence ? c'est qu'il n'y aurait là, en effet, que des donations individuelles et indépendantes les unes des autres, et que, par suite aussi, le rapport en serait dû par chacun des enfants au jour de l'ouverture de la succession ! (Art. 843.)

Cette conséquence nous paraît inévitable, si on soutient qu'un pareil acte ne constitue pas un partage d'ascendant (comp. *supra*, n° 40; Genty, p. 105).

Et si l'on reconnaît qu'il constitue un partage, que devient la distinction?

On a pu dire, à la vérité, que dans le cas où l'ascendant s'est borné à faire l'abandon par indivis de ses biens à ses enfants, qui ont ensuite, sans son concours, procédé au partage, on a pu dire qu'un tel acte ne constituait pas un partage d'ascendant (*supra*, n° 54).

Mais ce qui nous paraît impossible, c'est de prétendre qu'il n'y a pas un *partage d'ascendant*, lorsque l'ascendant a réparti lui-même et partagé ses biens entre ses enfants.

« Le partage d'ascendant, disait Davot, peut se faire « *vel per assignationem corporum vel per quotas....* » (T. III, chap. VIII, *du Partage entre enfants.*)

Qu'importe, en effet, dès qu'il y a distribution des biens et partage! (Comp. Caen, 17 déc. 1858, Tardif, *Jurisprud. des Cours impériales de Caen et de Rouen*, 1859, p. 80.)

224. — On a proposé aussi de distinguer si l'ascendant s'est réservé l'usufruit des biens donnés, ou s'il a compris, dans son partage, la pleine propriété de ces biens.

Dans le premier cas, d'après cette doctrine, l'action en rescision ne s'ouvrirait pas du jour de l'acte, mais seulement du jour de la cessation de l'usufruit;

Tandis qu'elle devrait, au contraire, s'ouvrir dès le jour de l'acte dans le second cas (comp. Bordeaux, 26 juill. 1838, Dartenset, Dev., 1839, II, 51);

Distinction qui ne nous paraît pas non plus devoir être admise; car la réserve d'usufruit faite par l'ascendant ne saurait, à notre avis, changer l'époque où l'action en rescision doit s'ouvrir; les enfants donataires de la nue propriété n'en ont pas moins un droit actuel et irrévocable; et s'il était vrai que l'action en rescision dût s'ouvrir dès le jour de l'acte, lorsque la donation portant partage transmet aux enfants la pleine propriété, nous croyons qu'elle devrait s'ouvrir aussi dès ce jour, lors même que

l'ascendant se serait réservé l'usufruit des biens donnés (comp. Duranton, t. IX, n° 647; Coin-Delisle, *Revue crit. de jurisprud.*, 1854, p. 113 et suiv.).

Aussi, concluons-nous que, dans l'un et l'autre cas, l'action en rescision, de même que toutes actions en nullité ou en réduction contre le partage d'ascendant, ne s'ouvre qu'à l'époque de son décès.

225. — De ce principe, il faut aussi conclure :

1° Que la prescription contre ces actions ne commence à courir qu'à dater de l'époque du décès de l'ascendant; car la prescription ne saurait courir contre une action qui n'est pas née! (arg. de l'art. 1304; comp. Lyon, 30 août 1848, Miraud, Dev., 1849, II, 7; Cass., 28 février 1855, Gousseaume, Dev., 1855, I, 785);

2° Qu'aucune ratification, tacite ou expresse, donnée par les enfants avant cette époque, ne peut leur être opposée; car on ne saurait traiter, de quelque manière que ce soit, sur la succession d'une personne vivante! aussi, est-il certain, en effet, qu'aucune fin de non-recevoir ne peut résulter, contre les enfants, ni de l'acceptation qu'ils ont faite de la donation entre-vifs renfermant le partage, ni de l'exécution qu'ils y auraient prêtée, ni enfin d'une convention quelconque, fût-ce même à titre de transaction, si cette convention, de quelque manière qu'on l'ait qualifiée, avait pour but d'éteindre, avant l'époque du décès de l'ascendant, l'action en nullité ou en rescision qui pourrait s'ouvrir à cette époque (arg. des art. 791, 1130, 888, 1338, 2045; comp. Grenoble, 8 mai 1835, Dorey, Dev., 1835, II, 534; Caen, 15 juin 1835, Jourdan, Dev., 1838, II, 521; Toulouse, 5 déc. 1844, Vidal, Dev., 1845, II, 247; Bastia, 10 avril 1854, Arrighi, Dev., 1854, II, 237; Cass., 6 février 1860, Lissandre, Dev., 1860, I, 428; Cass., 18 juin 1867, Boisset, Dev., 1867, I, 297; Delvincourt, t. II, p. 150; Duranton, t. IX, n° 645; Troplong, t. IV, n° 2336; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 237).

226. — Mais, bien entendu, à compter de l'époque du décès de l'ascendant, la prescription commence à courir (arg. de l'art. 1304).

Par suite, aussi, rien ne s'oppose à ce que les enfants renoncent à leur action en nullité ou en rescision, par une ratification, soit expresse, soit tacite, suivant les règles du droit commun (art. 1338); car il n'y a aucun motif pour s'en écarter dans cette circonstance; c'est ainsi que la question de savoir si l'aliénation faite par l'enfant, qui aurait été lésé de plus du quart, de tout ou partie des objets compris dans son lot, engendre une fin de non-recevoir contre son action en rescision, doit être résolue d'après le principe que nous avons appliqué à cette même question dans les partages ordinaires (comp. art. 892; et notre *Traité des Successions*, t. V, n° 493; Bordeaux, 26 juill. 1838, Maysnac, Dev., 1839, II, 31; Agen, 28 févr. 1849, Donadieu; et 29 nov. 1852, Goujet, Dev., 1853, II, 129 et 134; Bordeaux, 30 juill. 1849, Leymarie, Dev., 1850, II, 37; Cass., 18 févr. 1851, Béron d'Oche, Dev., 1851, I, 340; Bordeaux, 23 mars 1853, de Saint-Ours, Dev., 1853, II, 403; Cass., 9 mai 1855, d'Anglade, Dev., 1855, I, 791).

227. — La prescription, disons-nous, et la ratification, qui sont impossibles *avant* le décès de l'ascendant, deviennent, au contraire, possibles *après* (*supra*, n°s 225, 226).

Mais de cette double proposition, peut naître une difficulté grave, dans deux hypothèses que voici :

a. — Le père ou la mère survivant a fait, entre ses enfants, par donation entre-vifs, le partage cumulatif de ses biens et des biens de son conjoint prédécédé, confondus avec les siens, sans distinction d'origine;

b. — Ou encore le père et la mère, vivants tous les deux, ont fait ensemble, entre leurs enfants, le partage cumulatif de leurs biens, sans distinction d'origine, confondus en une seule masse.

La prescription commencera-t-elle à courir, et la ratification sera-t-elle possible, dans le premier cas, du vivant même de l'ascendant survivant, relativement aux actions en nullité ou autres, que les enfants pourraient avoir à exercer contre ce partage, en tant qu'il comprend les biens de l'ascendant prédécédé?

Et, dans le second cas, la prescription commencera-t-elle à courir, et la ratification sera-t-elle possible à l'époque du décès du prémourant, relativement aux biens de sa succession, et dès avant la mort du survivant?

On peut employer un argument d'une grande force pour soutenir que l'action est ouverte avec ses conséquences nécessaires, c'est-à-dire avec la possibilité de la prescription et de la ratification, à compter de la mort de l'ascendant prédécédé.

L'obstacle, en effet, qui s'oppose à ce que les actions contre le partage de l'ascendant soient susceptibles de prescription et de ratification avant l'époque de sa mort, c'est que les enfants, avant cette époque, ne sont pas héritiers et ne sauraient avoir aucune action qui ait pour principe un droit héréditaire;

Or, ils deviennent héritiers de l'ascendant prémourant, dès l'époque de sa mort; et leurs droits héréditaires sont, dès cette époque, ouverts relativement aux biens de sa succession;

Donc, aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'ils exercent les actions en nullité ou autres, qu'ils peuvent avoir à exercer relativement à ces biens, contre le partage, dans lequel ils ont été compris; et par conséquent, aussi, aucun obstacle ne s'oppose ni à la prescription ni à la ratification (comp. Cass., 18 août 1847, Lefranc, Dev., 1848, I, 230; Agen, 17 nov. 1856, Pujos, Dev., 1856, II, 662; Agen, 16 févr. 1857, Sempé, Dev., 1857, II, 193; Agen, 1er juin 1858, Régimbeau, Dev., 1858, II, 417; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1859).

Cette conclusion, en effet, pourrait être exacte, s'il s'a-

gissait d'un acte renfermant deux parties distinctes : l'une, relative aux biens du père; l'autre, relative aux biens de la mère; et d'où il ressortirait qu'aucune immixtion n'a eu lieu, de la part de la mère, dans le partage des biens du père, et réciproquement (comp. Cass., 2 déc. 1862, Péraud, Dev., 1863, I, 124).

Mais telle n'est pas notre hypothèse; ce que nous supposons, au contraire, et ce qui se présente, en effet, très-souvent dans la pratique, c'est un seul et même partage, un partage cumulatif des biens des deux époux, confondus dans une seule masse, sans distinction d'origine.

Or, d'après le fait ainsi posé, nous croyons qu'aucune prescription ne commence à courir, et qu'aucune ratification n'est possible qu'à compter de l'époque du décès du dernier mourant des père et mère ;

1° Telle nous paraît être la conséquence logique de l'unité, et par suite de l'indivisibilité de ce partage cumulatif.

Les enfants, dit-on, peuvent, du vivant même de celui de leurs auteurs, qui a survécu, demander la rescision de ce partage, en tant qu'il s'applique aux biens de celui de leurs auteurs qui est prédécédé.

Mais demander la rescision du partage, relativement aux biens de l'un, c'est la demander aussi relativement aux biens de l'autre ; puisque les biens de l'un et de l'autre y ont été confondus, comme s'ils ne formaient qu'une seule masse ;

Donc, l'obstacle qui s'oppose, pour les uns, à ce que la prescription coure et à ce que la ratification soit possible, s'y oppose nécessairement aussi pour les autres.

2° Objectera-t-on que, pourtant, lorsque les père et mère ont partagé cumulativement leurs biens entre leurs enfants, celui des deux envers lequel les conditions de la donation-partage ne sont pas exécutées, ne peut en demander la révocation que relativement aux biens qu'il a donnés; d'où l'on conclurait que cette donation cumulative n'est pas, en effet, indivisible ?

Qu'elle ne soit pas indivisible, considérée seulement dans son caractère de donation entre-vifs, cela peut être, en ce sens que l'un des deux donateurs ne peut, en effet, demander la restitution que des biens qu'il a donnés (comp. Coulon, *Quest. de Droit*, 1853, p. 345 et suiv.).

Mais c'est comme partage de succession, qu'il s'agit ici de l'apprécier; et ce qui nous frappe, à ce point de vue, c'est que les enfants ne peuvent pas faire tomber le partage relativement aux biens de l'un, sans le faire, du même coup, tomber relativement aux biens de l'autre.

3° Il faut ajouter que cette conclusion est réclamée par d'autres motifs très-puissants encore : soit parce que ces sortes d'actes imposant presque toujours aux enfants certaines charges au profit des père et mère donateurs, les enfants ne pourraient pas en demander la nullité relativement aux biens du prédécédé, sans s'exposer, de la part du survivant, à une action en révocation pour cause d'inexécution des conditions; soit, dans tous les cas, parce qu'ils ne pourraient pas attaquer ces actes, de son vivant, *sans manquer*, dit la Cour de cassation, *au respect qu'ils lui doivent* (com. Bordeaux, 4 janvier 1827; et 25 févr. 1858, Giraud, Dev., 1858, II, 561; Agen, 28 mai 1850, Rossignol, Dev., 1851, II, 177; Cass., 19 déc. 1859, Régimbeau, Dev., 1860, I, 423; et *J. du P.*, 1860, p. 673; Agen, 1er juin 1864, Escabasse, Dev., 1864, II, 130; Poitiers, 5 mars 1862, Levesque; et Agen, 7 juin 1861, Lagardère, Dev., 1864, I, 433, 435; Cass., 2 janv. 1867, Gladieux, Dev., 1867, I, 60; Cass., 18 juin 1867, Boisset, Dev., 1867, I, 297; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 313 et 316).

228. — La Cour de Rouen, tout en admettant la doctrine que nous venons de proposer, a décidé, toutefois, qu'elle n'est applicable qu'aux actions en rescision ou en réduction, que les enfants peuvent avoir, de leur propre chef, en vertu de l'article 1079, contre le partage cumulatif fait par leurs père et mère; mais qu'elle ne doit pas

être appliquée à celles des actions qu'ils peuvent avoir du chef de l'un de leurs auteurs prédécédés ; et que par conséquent, la prescription contre une action fondée sur ce que la mère ne pouvait pas, comme femme dotale, consentir au partage de ses biens dotaux, commence à courir à compter du jour de la dissolution du mariage, et non pas seulement à compter du jour du décès du dernier mourant des donateurs (14 mars 1864, Boillet, Dev., 1864, II, 293).

Mais pourtant, si c'est l'indivisibilité du partage cumulatif, qui s'oppose à ce que la prescription commence à courir, tant que les deux époux, auteurs de ce partage, ne sont pas décédés, est-ce que cet obstacle n'est pas, dans tous les cas, le même, quels que soient l'origine et le caractère de l'action qu'il s'agit d'intenter contre le partage? (Comp. Genty, p. 207.)

C'est ce que nous sommes porté à croire.

Aussi, le pourvoi contre cet arrêt a-t-il été admis par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation (*Revue trimestrielle de la Cour de cassation*, par M. l'avocat général Blanche, *Jurisprudence des Cours de Caen et de Rouen*, 1865, p. 116).

Nous devons, toutefois, ajouter que le pourvoi a été rejeté par la Chambre civile (29 janv. 1866, Boillet, *le Droit* des 29-30 janv. 1866 ; et Dev., 1866, I, 149).

229. — Mais, lors du décès du dernier mourant des père et mère, qui ont fait le partage cumulatif, le droit héréditaire des enfants est ouvert dans toute sa plénitude sur l'une et sur l'autre succession ; et ils peuvent, en effet, dès ce jour, l'exercer avec une pleine indépendance.

C'est ainsi que celui d'entre eux, auquel ce partage aurait causé une lésion, soit *en valeur*, soit *en nature*, pourrait en demander la rescision ou la nullité.

Remarquons toutefois, que la lésion *en valeur* devrait s'apprécier sur la masse totale des deux successions réunies, qui ont fait l'objet du partage, et que l'action

en rescision ne serait fondée qu'autant que le demandeur éprouverait une lésion de plus du quart sur la part qui devait lui revenir de la masse ainsi formée (comp. *supra*, n[os] 179, 180).

En est-il de même de la lésion en *nature?*

Chacun des enfants a reçu en nature une part égale des meubles et immeubles des deux successions réunies et ne formant qu'une seule masse.

Mais ils n'ont pas tous reçu une part égale en nature de chacune de ces deux successions, considérées isolément et comme formant deux masses distinctes.

Celui des enfants, dont la part est, sous ce rapport, inégale, est-il fondé à demander la nullité du partage cumulatif, si, en effet, il était possible de répartir également les biens meubles et immeubles de chacune des deux successions séparément?

Nous le croyons ainsi, et que le partage cumulatif fait par le dernier mourant des deux époux, n'a pas pu enlever aux enfants le droit qui leur appartient, de réclamer, sur chacune des deux successions considérées séparément, l'application des règles qui gouvernent les partages.

Pourquoi la lésion dans la valeur estimative des biens de l'une des successions peut-elle se compenser avec un excédant de valeur sur les biens de l'autre? c'est par application de l'article 891;

Or, précisément, nous avons reconnu que l'article 891 n'est pas applicable dans le cas où l'action en rescision a pour cause une lésion résultant de l'inégale répartition des biens de même nature dans chacun des lots! (*supra*, n° 206; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 429; Rouen, 14 mars 1864, Boillet, Dev., 1864, II, 293, cité *supra*, n° 228; Cass., 8 juin 1859, Salvan, Dev., 1859, I, 574; D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n[os] 4506, 4507).

230. — Lorsque nous disons que les actions en nullité ou en rescision contre le partage entre-vifs ne s'ouvrent qu'à l'époque du décès de l'ascendant, il est bien

entendu, d'ailleurs, que nous ne parlons que des actions qui seraient dirigées contre le partage considéré comme tel.

Il en serait autrement des actions que les enfants pourraient exercer, à raison des charges qui leur auraient été imposées, soit envers l'ascendant, considéré comme donataire, soit les uns envers les autres, considérés respectivement comme donataires, afin d'obtenir, non pas la nullité ou la rescision, mais au contraire le maintien et l'exécution même de la donation!

Nous croyons avoir justifié déjà suffisamment cette différence (*supra*, nos 120-123; comp. Dubernet de Bosq, *Revue crit. de jurisprud., loc. supra, cit.;* Dev., 1860, I, 427, 428).

231. — Les actions en nullité ou en rescision, que les enfants pourraient avoir à exercer contre le partage entre-vifs, pour cause de violence ou de dol, ne peuvent-elles aussi s'ouvrir qu'à l'époque du décès de l'ascendant?

M. Genty répond affirmativement :

« Nous ne nous sommes occupé (dit-il après avoir terminé cette démonstration) que des trois causes de nullité prévues par la loi; mais le principe sur lequel nous nous fondons étant général, la solution est la même pour tous les cas où les descendants attaqueraient l'acte comme partage, pour le cas, par exemple, où il y aurait eu violence exercée contre un descendant, ou dol pratiqué envers lui pour le faire consentir au partage. » (P. 267.)

Devilleneuve a combattu cette doctrine en faisant remarquer que le partage est, entre le père et les enfants, et surtout entre les enfants les uns à l'égard des autres, un véritable contrat qui lie ces derniers, quant à ses effets attributifs, non-seulement du vivant du père, mais encore après sa mort, lorsqu'il n'est, d'ailleurs, entaché d'aucune cause de nullité ou de rescision; or, pour être ainsi lié, il faut avoir consenti sans dol et sans violence; d'où le savant arrêtiste concluait que l'action fondée sur

l'un ou l'autre de ces vices, doit s'ouvrir, conformément à l'article 1304, du vivant de l'ascendant, dès le jour, soit de la découverte du dol, soit de la cessation de la violence.

La conclusion est incontestable, en tant que l'action serait formée par l'enfant, à l'effet de demander la nullité de la donation entre-vifs, soit contre l'ascendant considéré comme donateur, soit contre les autres enfants considérés comme donataires (*supra*, n° 230).

Mais est-elle aussi exacte, en tant que l'action tendrait à demander, du vivant même de l'ascendant, la nullité du partage considéré comme tel, c'est-à-dire comme partage de sa succession?

C'est ce qu'il nous paraît difficile d'admettre; et la théorie que nous venons d'exposer aura, suivant nous, beaucoup plus d'homogénéité et de force, si on l'applique à toutes les actions, quelle qu'en soit la cause, que les enfants peuvent avoir à exercer contre le partage.

Et puis, que les enfants y prennent garde! demander la nullité du partage fait par donation entre-vifs, c'est demander la nullité de la donation entre-vifs elle-même (*supra*, n° 220); et s'ils la demandent, en effet, du vivant de l'ascendant, leur succès, quel sera-t-il? il sera d'être privés, même comme donataires, des biens que l'ascendant leur avait abandonnés!

231 *bis*. — Quant à la durée de l'action contre le partage d'ascendant fait par donation entre-vifs, elle est de trente ans, quand il s'agit de réduction pour atteinte à la réserve, et de dix ans, quand il s'agit de lésion, soit en valeur, soit en nature (art. 2262, 887, 1304; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 223).

C. — *Quels sont les effets de la nullité ou de la rescision du partage d'ascendant?*

SOMMAIRE.

232. — Rien de plus simple que la question qui nous reste à résoudre, lorsque le partage d'ascendant n'a pas encore été exécuté; comme, par exemple, dans le cas d'un partage testamentaire, dont la nullité ou la rescision a été prononcée après la mort de l'ascendant, avant qu'il eût reçu aucune exécution.

La conséquence toute simple, en effet alors, est qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte, et que la succession doit être partagée entre les enfants, suivant les règles ordinaires qui gouvernent le partage des successions (art. 815 et suiv.).

233. — Les effets de la nullité ou de la rescision du partage d'ascendant ne sont donc intéressants à rechercher, que dans le cas où il avait déjà été exécuté; soit

qu'il eût été fait entre-vifs, soit qu'ayant été fait par testament, il n'eût été annulé ou rescindé qu'après son exécution.

Dans ce cas aussi, d'ailleurs, la règle à suivre est facile; et il faut, en général, se reporter aux principes que nous avons posés dans le *Titre des Successions*, sur *les effets de la rescision du partage.*

L'analogie des deux hypothèses en amène nécessairement l'application, sauf les modifications qui peuvent résulter de la spécialité de notre sujet (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n°s 498 et suiv.).

234. — Or, nous savons que le partage rescindé est à considérer comme non avenu, et qu'il y a lieu de procéder à un nouveau partage.

A cet effet, il faut reconstituer la masse partageable; et chacun doit, en conséquence, restituer à la succession les biens qu'il a reçus et qui formaient son lot.

C'est sur ces restitutions respectives, que nous avons à fournir quelques explications.

235. — Lorsqu'il s'agit d'un partage fait par donation entre-vifs, le principe nous paraît être que cette restitution doit avoir lieu d'après les règles établies par la loi en matière de rapport.

Le partage entre-vifs constitue, en effet, un ensemble d'avancement d'hoirie; il est vrai qu'il implique virtuellement la dispense de rapport; oui! quand il est maintenu comme partage; mais précisément, nous supposons qu'il est rescindé; et, dès lors, il ne reste plus que de simples avancements d'hoirie rapportables, et qu'il est logique de soumettre aux règles du rapport.

En conséquence, les immeubles devront être rapportés en nature, d'après l'article 859, toutes les fois qu'ils n'auront pas été aliénés par le donataire, et qu'il n'y aura pas, dans la succession, d'immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse faire des lots à peu près égaux pour les autres héritiers;

Tandis que le rapport du mobilier se fera en moins prenant, d'après l'article 868.

On devra, d'ailleurs, appliquer aussi les autres articles, qui règlent les conséquences de l'obligation du rapport (855 et suiv.; comp. Genty, p. 319-320).

256. — Un père ayant quatre enfants, avait, dans un partage entre-vifs, attribué à l'un d'eux tous ses biens, meubles et immeubles, en le chargeant de payer à chacun des trois autres une somme d'argent.

Et le payement de cette somme avait été fait, du vivant du père, par l'enfant que la donation-partage en constituait débiteur, aux enfants qu'elle en constituait créanciers.

Mais voilà qu'après la mort du père, ceux-ci demandent la nullité du partage pour cause de violation des articles 826 et 832, qui prescrivent l'égale répartition dans les lots, des biens meubles et immeubles en nature.

Alors, s'élève la question de savoir de quelle manière chacun devra faire à la masse le rapport de ce qu'il a reçu.

Les enfants, demandeurs en nullité, qui avaient reçu une somme d'argent de leur frère, prétendaient qu'ils n'étaient tenus d'aucune obligation de rapport.

Le cohéritier, disaient-ils, n'est tenu de rapporter que ce qu'il a reçu du défunt; or, ce n'est pas de notre père défunt que nous avons reçu la somme d'argent, c'est de notre frère; cette somme, que notre frère nous a payée de ses propres deniers, n'est pas sortie du patrimoine de notre père; donc, nous ne sommes pas tenus de l'y rapporter; et ils soutenaient, en conséquence, qu'ils étaient débiteurs, non pas de la succession, mais seulement de leur frère; d'où ils concluaient qu'ils avaient le droit, tout en restant débiteurs, de prendre une part égale à la sienne, dans les biens meubles et immeubles de la succession.

Cette doctrine avait été admise par un jugement du tribunal civil de Die (16 mars 1863).

Mais ce jugement a été réformé par la cour de Grenoble; et très-justement certes, au double point de vue des règles du droit et de l'équité :

1° En effet, nous venons de dire que la restitution, que chacun des enfants doit faire des biens qui formaient son lot dans le partage rescindé, est soumise aux règles du rapport;

Or, aux termes de l'article 829, chaque cohéritier fait rapport à la masse des dons qui lui ont été faits, et *des sommes dont il est débiteur;*

Donc, chacun des trois enfants, qui avait reçu une somme d'argent, en était débiteur et devait en faire le rapport à la succession.

Ce n'est pas sérieusement que l'on objecte que ces enfants n'en étaient pas débiteurs envers la succession!

Car leur frère ne la leur avait payée que par ordre du père commun, en conséquence des clauses indivisibles de la donation-partage; et il était de toute vérité de dire qu'ils l'avaient reçue de leur père lui-même, par l'intermédiaire de leur frère!

Aussi, nous paraît-il évident que, à défaut, par les enfants débiteurs, de rapporter cette somme en nature, l'autre enfant aurait eu le droit, en vertu de l'article 830, de prélever une portion égale de biens en nature sur la masse de la succession; si la Cour de Grenoble n'a pas ordonné ce prélèvement, c'est que, dans l'espèce, l'enfant défendeur à la nullité n'y concluait pas; mais les motifs de l'arrêt ne permettent pas de douter que des conclusions aux fins de ce prélèvement, s'il les avait prises, auraient été accueillies; c'est qu'en effet, l'article 830 est la conséquence de l'article 820, et que l'application de l'un implique nécessairement l'application de l'autre! (Comp. notre *Traité des Successions,* t. IV, n°s 455 et suiv.)

2° Est-il besoin de signaler enfin l'iniquité du système que les premiers juges avaient admis? comment! les enfants, débiteurs, auraient eu le droit de réclamer

deux parts dans les biens à partager : l'une, comme donataires, qu'ils n'auraient pas rapportée; l'autre, comme héritiers, qu'ils auraient eu le droit de recevoir ! et les conséquences de leur insolvabilité auraient pesé tout entières sur l'autre enfant !

Cela n'était pas tolérable! (Comp. Grenoble, 10 août 1864, Gory, Dev., 1864, II, 294; *Observations* de M. Eyssautier, *Jurisprud. des Cours impér. de Grenoble et de Chambéry*, 1864, p. 261 ; *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1865, p. 638.)

237. — L'arrêt que nous venons de citer de la Cour de Grenoble, renferme encore une autre décision, également intéressante, à savoir : que le rapport des meubles peut être ordonné en nature, lorsque le partage est rescindé pour cause d'inégale répartition, dans chacun des lots, des biens meubles et immeubles de même nature (comp. *supra*, n° 236).

Telle paraît devoir être, en effet, la conséquence de cette cause de nullité, qui ne peut être réparée que de cette manière; et, alors du moins, le remède au mal est topique !

Nous avons vu d'ailleurs que l'article 868, d'après lequel le rapport du mobilier se fait en moins prenant, n'a rien d'essentiel, et qu'il peut y être dérogé (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 552).

238. — Puisque l'annulation ou la rescision du partage d'ascendant entre-vifs amène l'application des règles du rapport, il s'ensuit qu'il faut appliquer aussi l'article 857, et que la remise faite à la masse par chacun des enfants des biens qui formaient son lot, ne peut profiter ni aux légataires, ni aux créanciers de la succession.

Objectera-t-on que, pourtant, la donation entre-vifs faite par l'ascendant étant rescindée, les biens, qui s'y trouvent compris, doivent rentrer dans la succession et devenir le gage de tous ceux qui ont des droits à y exercer?

La réponse est que la donation a revêtu, dès le jour du

décès de l'ascendant, un double caractère, et que, sans cesser d'être donation entre-vifs, elle est devenue un partage de sa succession; de même que les enfants ont eu, dès ce jour, la double qualité de donataires et d'héritiers.

D'où cette conséquence que la donation, en perdant son caractère de partage de succession, ne perd pas, pour cela, son caractère de disposition entre-vifs par avancement d'hoirie; ou plutôt c'est alors le seul caractère qu'elle conserve; et voilà comment les règles du rapport y deviennent applicables, soit entre les enfants eux-mêmes, soit entre les enfants et les tiers (arg. de l'art. 921; comp. Genty, p. 327).

Nous avons pensé, il est vrai, que, durant la vie de l'ascendant, demander la nullité du partage, c'est demander la nullité de la donation.

Oui! durant la vie de l'ascendant, puisque tant qu'il existe, il n'y a, en effet, qu'une donation entre-vifs qui n'ayant pas encore revêtu le caractère d'un partage de succession, ne saurait être critiquée à ce titre!

Mais, après la mort de l'ascendant, ce caractère éventuel de la donation se réalise; et chacun des enfants devient, en même temps, héritier et donataire.

Le partage fait par l'ascendant est-il maintenu? Il y a, de part et d'autre, une donation entre-vifs avec dispense de rapport.

Le partage est-il déclaré nul ou rescindé?

Il n'y a plus qu'une donation entre-vifs sans dispense de rapport; mais du moins y a-t-il toujours une donation entre-vifs! et c'est ainsi que chacun des enfants pourrait, en renonçant à la succession, retenir les biens qui lui ont été donnés (comp. *supra*, n° 148).

239. — Lorsque le partage a été fait par testament, l'effet de la nullité ou de la rescision est, bien entendu, comme dans le cas d'un partage entre-vifs, d'obliger chacun des enfants à remettre dans la masse commune,

les biens qui lui auraient été délivrés, en exécution de ce partage.

Mais alors, comme le testament était leur seul titre, et que ce titre a disparu, la conséquence en est qu'ils doivent remettre, en nature, à la masse commune, tous les biens meubles et immeubles, sans qu'il soit possible d'appliquer les règles du rapport.

On appliquera donc seulement les règles ordinaires, sur les conséquences de la rescision des partages, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, nos 501, 508; Genty, p. 320, 321).

240. — Un arrêt de la Cour de Bordeaux semblerait avoir décidé que, dans le cas où un partage fait par donation entre-vifs est rescindé, les fruits doivent être restitués par les enfants, à compter du jour même de la donation! (23 déc 1845, Jacquaud, Dev., 1846, II, 241.) Décision inadmissible, et qui violerait tous les textes et tous les principes (art. 856, 928, etc.).

Sur cette question de savoir de quel jour les enfants sont tenus de restituer les fruits, lorsque le partage d'ascendant, soit entre-vifs, soit testamentaire, a été déclaré nul ou rescindé, M. Genty propose une distinction :

Le partage a-t-il été déclaré nul, en vertu de l'article 1078? les fruits sont dus par les enfants, dès le jour de l'ouverture de la succession, si, du moins, ils avaient, dès ce jour, connaissance de la nullité; car, dès ce jour, les enfants n'ont eu aucun titre pour les percevoir et les acquérir.

Le partage a-t-il été rescindé en vertu de l'article 1079? les fruits ne sont dus que du jour de la demande en rescision; car le partage rescindable existait, aux yeux de la loi (art. 1117, 1304, 1338); et il formait un titre valable, tant que la rescision n'en était pas demandée (p. 321-322).

Nous croyons, au contraire, qu'il faut encore appliquer les règles ordinaires en matière de rescision de partage;

car il n'y a, ce nous semble, aucun motif pour s'en écarter; et dès lors, nous concluons que les fruits sont dus, dans tous les cas, à compter du jour du partage; sauf les effets ordinaires de la bonne foi, en faveur de celui qui pouvait l'invoquer; telle est la doctrine que nous avons présentée, et à laquelle il suffit de nous référer (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 511; Cass., 11 juin 1865, Céby, Dev., 1866, I, 398).

241. — Une dernière question nous reste à résoudre, à savoir : si la nullité ou la rescision du partage, soit entre-vifs, soit testamentaire, a pour effet d'anéantir les libéralités que l'ascendant aurait faites, par le même acte, à l'un ou à quelques-uns d'entre ses enfants, en sus de la part qu'il leur a attribuée.

Déjà, nous avons eu à nous en occuper incidemment (*supra*, n°s 42 et suiv.).

Mais comme c'est bien ici la place de cette thèse importante, nous croyons devoir l'exposer complétement.

Il faut distinguer deux hypothèses :

Ou l'acte de partage renferme, au profit de l'un des enfants, la donation ou le legs d'un objet quelconque, en dehors et en sus de sa part;

Ou l'acte renferme seulement le don ou le legs de la différence en valeur, qui peut exister soit entre l'apportionnement de l'un et les apportionnements des autres, soit entre les apportionnements des uns et des autres indistinctement.

a. — Dans la première hypothèse, il nous paraît évident que la nullité ou la rescision du partage ne doit pas faire obstacle à la validité du don ou du legs qu'il renferme.

Cette proposition serait, en effet, d'évidence, si l'ascendant avait déclaré qu'il faisait ce don ou ce legs *par préciput et hors part* (comp. Agen, 1er juin 1858, Régimbeau, Dev., 1858, II, 417).

Mais elle serait, suivant nous, également certaine, lors

même que l'ascendant n'y aurait pas inséré textuellement cette formule.

Nous devons dire, toutefois, que cette seconde déduction est contestée; et Duranton, notamment, enseigne, au contraire, que, *dans le cas où le don a été fait sans clause de préciput, si le partage était rescindé, l'enfant avantagé serait obligé de se soumettre à la loi du rapport pour venir prendre part dans un nouveau partage.* (T. IX, n° 652; comp. *supra*, n° 192; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 308.)

Nous persistons, toutefois, à croire, malgré l'autorité de notre respectable collègue, que l'enfant ne serait pas, même dans ce cas, soumis à la loi du rapport;

On convient que la disposition faite au profit de l'un des enfants, *par préciput et hors part,* dans un partage d'ascendant, n'est pas subordonnée à la validité du partage, et qu'elle doit être maintenue, lors même que le partage est annulé.

Or, la disposition faite au profit de l'un des enfants, en sus de sa part, doit être considérée comme faite *par préciput et hors part,* lors même que ces mots n'y seraient pas écrits, et par cela seul qu'elle se trouve dans le même acte que le partage; c'est là une proposition que nous croyons avoir déjà justifiée, en disant que la clause de préciput résulte alors de la corélation qui existe entre toutes les parties de cet acte unique; car l'ascendant croyait bien que cet acte rendrait le partage impossible; et que, par conséquent, il rendrait impossible le rapport, qui ne peut se faire que pour partager! (Comp. notre *Traité des successions,* t. IV, n° 248.)

Est-ce que, si le partage était maintenu, l'enfant auquel le don ou le legs d'un objet quelconque aurait été fait dans le même acte, quoique sans clause de préciput, est-ce que cet enfant pourrait être tenu au rapport, soit qu'il y eût d'autres biens à partager, conformément à l'article 1077, soit qu'il n'y en eût pas?

Il faudrait répondre affirmativement, d'après la doc-

trine de Duranton; et telle est, en effet, sa réponse. (T. IX, n° 632.)

Or, c'est là un argument de plus, et décisif, suivant nous, contre sa doctrine toute entière! (Comp. Bordeaux, 2 mars 1832, Dev., 1832, II, 283; Cass., 21 nov. 1833, Dev., 1834, I, 160; Agen, 16 janv. 1846, Bidot, Dev., 1847, II, 267; Caen, 2 déc. 1847, Soynard, Dev., 1849, II, 193; Toullier, t. III, n° 812; Grenier, t. III, n° 400; Troplong, t. IV, n° 2330; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 219 et 235.)

242. — *b.* Mais, dans la seconde hypothèse (*supra*, n° 241), la nullité ou la rescision du partage doit, au contraire, entrainer la nullité des avantages qui consistent seulement dans la manière dont le partage a été fait.

Ces avantages, en effet, n'ont pas alors une existence distincte; ils ne constituent pas un titre spécial; confondus dans le partage, auquel ils sont subordonnés, ils doivent donc tomber avec lui; ou plutôt c'est le partage seul qui tombe, mais tout entier, tel qu'il avait été fait!

Cette proposition est d'évidence, lorsque l'acte de partage ne renferme aucune clause de préciput (comp. *supra*, n°s 43 et 45; Cass., 3 juin 1863, Martal, Dev., 1863, I, 269).

Mais elle nous paraît aussi certaine, lors même que l'acte de partage renferme, comme il arrive souvent, une clause par laquelle l'ascendant déclare donner ou léguer, par préciput et hors part, à l'un de ses enfants ou à quelques-uns d'eux, ou à chacun d'eux, la différence de valeur qui pourrait se trouver entre les lots; car ce don ou ce legs, malgré la cause préciputaire qui l'accompagne, n'en est pas moins toujours une des clauses constitutives du partage lui-même, et qui doit, par conséquent, en suivre le sort.

Il et vrai que la Cour d'Agen semble avoir admis la doctrine contraire (16 fév. 1857, Sempé, Dev., 1857, II, 193).

Mais nous préférons la doctrine que la Cour de Caen a très-bien formulée, dans un arrêt du 17 décembre 1858, en ces termes :

« Considérant, en ce qui touche la disposition du testament du 8 novembre 1847, par laquelle la dame Jéhanne donne, par préciput et hors part, aux dames Savary et Lebrun, la différence qui pourrait exister entre la valeur des deux lots par elle faits, que cette disposition n'a été faite que pour assurer l'exécution du partage qui avait été opéré par la testatrice, et dans la supposition que sa volonté serait respectée; que du moment où les lots sont annulés, le legs de la différence doit être annulé comme le partage, à l'exécution duquel il était subordonné. « (Tardif, *Jurisprud. des Cours impér. de Caen et de Rouen*, 1859, p. 80; comp. Genty, p. 82 et 182-183; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 219; D. *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 4658; *Revue du Notariat et de l'Enregistr.*, 1864, p. 41 et 696.)

243. — La Cour de Rouen a été plus loin encore, en décidant que des libéralités, qui avaient été faites à un étranger, c'est-à-dire à un autre qu'à l'un des enfants, par l'ascendant, dans son acte de partage, devaient tomber aussi avec le partage dans le cas où il était déclaré nul ou rescindé; qu'elles devaient, disons-nous, tomber, lorsque, en fait, il était reconnu *qu'elles se liaient intimement au partage lui-même; et qu'il serait aussi contraire aux règles du droit qu'aux principes de l'équité, de maintenir ces libéralités dans une hypothèse pour laquelle elles n'ont jamais été faites*... (9 mai 1855, Dufour, Dev., 1855, I, 785, en note).

Cette application de notre doctrine peut certainement souffrir plus de difficultés; mais elle ne nous paraît pas dépasser le pouvoir d'interprétation, qui appartient aux magistrats dans la recherche de la véritable intention des parties.

244. — Tel est ce sujet des *partages d'ascendant.*

Et maintenant que nous sommes au terme, on peut voir si nous avions raison de l'annoncer comme l'un des plus ardus et des plus compliqués entre tous les autres !

Six articles seulement, dans notre chapitre, pour résoudre toutes les difficultés, qu'il soulève, c'est bien peu !

Aussi, a-t-on pu dire que les règles, qui le gouvernent, doivent être considérées comme *l'œuvre exclusive* de la jurisprudence (Dalloz, 1862, I, 401).

Ce qui est certain du moins, c'est que, si les auteurs de notre Code ont eux-mêmes posé les bases d'une théorie juridique sur cette matière, ces bases ne sont ni très-reconnaissables ni très-fixes ; et ce n'est peut-être pas une témérité de croire qu'ils ne se sont pas toujours très-exactement rendu compte de toutes les conséquences, qui devaient en résulter.

CHAPITRE VIII.

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAITRE DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

245. — Exposition.
246. — Suite.
247. — Le Code a posé les règles de quatre espèces de donations, qui peuvent être faites par contrat de mariage. — Explication.
248. — Suite. — Ces quatre espèces de donations ont des règles, qui leur sont communes ; et chacune d'elles a aussi ses règles particulières.
249. — Les donations faites par contrat de mariage ne peuvent être déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.
250. — Suite.
251. — Toute donation faite en faveur de mariage, est caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.
252. — Suite.
253. — Suite.
254. — Suite. — *Quid*, si le mariage, après avoir été célébré, était déclaré nul?
255. — Suite.

256. — *Quid*, si le contrat de mariage est nul? — La donation, portée dans ce contrat, sera-t-elle nulle aussi?

257. — Toutes donations faites par contrat de mariage, sont, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer.

258. — Il faut encore remarquer : 1° que les donations faites par contrat de mariage, ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude; 2° qu'elles sont révoquées, de plein droit, pour cause de survenance d'enfant. — Renvoi.

258 *bis*. — Les immunités, soit en la forme, soit au fond, que la loi accorde aux donations qui sont faites dans le contrat de mariage, appartiennent-elles aux donations, qui sont faites en faveur du mariage, mais dans un acte autre que le contrat de mariage?

259. — Suite.

260. — Suite. — Du cas où la donation faite en faveur de mariage, aurait été déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux.

261. — Des donations, qui pourraient être faites, par des tiers, aux époux ou à l'un d'eux, après le mariage.

262. — Les donations mêmes, qui sont faites par contrat de mariage, ne jouissent des immunités que la loi leur accorde, qu'autant qu'elles sont faites aux futurs époux ou aux enfants à naître du mariage.

263. — Quel est le caractère général des donations par contrat de mariage? — Sont-elles des donations entre-vifs? — Ne sont-elles pas plutôt des donations à cause de mort?

264. — Division.

245. — On sait combien les donations qui sont faites par contrat de mariage, encouragent et facilitent le mariage, ou plutôt qu'elles en sont presque toujours la condition déterminante.

Aussi, de tout temps, nos lois ont-elles étendu à ces donations la faveur qu'elles accordent au mariage lui-même (comp. Furgole, sur l'art. 10 de l'Ordonn. de 1731).

Cette faveur se manifeste sous un double rapport :

En la forme, le législateur exempte les donations par contrat de mariage de certaines solennités qui sont prescrites, sous peine de nullité, dans la donation entre-vifs ordinaire;

Au fond, il autorise, dans les contrats de mariage, des donations qui seraient nulles partout ailleurs.

246. — Les donations par contrat de mariage peuvent être faites :

Soit par des tiers, parents ou étrangers, aux futurs époux ou à l'un d'eux;

Soit simplement par l'un des futurs époux à l'autre, ou réciproquement entre les futurs époux.

Les premières font l'objet du chapitre VIII, dans lequel nous entrons;

Les secondes font l'objet du chapitre IX.

Ce dernier chapitre renferme, en outre, les règles qui gouvernent :

Soit les donations entre époux pendant le mariage;

Soit la quotité disponible entre époux.

Nous suivrons exactement cet ordre.

247. — Les donations qui peuvent être faites par des tiers aux futurs époux, dans le contrat de mariage, sont au nombre de quatre, à savoir :

I. La donation de biens présents;

II. La donation de biens à venir;

III. La donation cumulative de biens présents et à venir;

IV. La donation faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur.

Ces donations, dont notre Code a posé les règles, ce n'est pas lui qui les a créées; elles procèdent des mœurs de la société et des familles; elles sont, en un mot, l'œuvre du temps et de l'expérience; et voilà pourquoi elles répondent, en général, très-convenablement aux besoins et aux intérêts qu'elles doivent satisfaire.

248. — Nous allons examiner successivement ces quatre espèces de donations, et les règles particulières qui caractérisent chacune d'elles.

Mais il est un certain nombre de règles, qui leur sont communes et qu'il nous paraît utile de poser d'abord.

249. — Ainsi, aux termes de l'article 1087 :

« Les donations faites par contrat de mariage ne pour-
« ront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte
« de défaut d'acceptation. »

Voilà donc une première immunité en la forme.

Les donations faites par contrat de mariage, dit notre texte ; ce qui comprend toutes les donations, même celle de biens présents (art. 1081) faite purement et simplement, sans aucune condition, dont l'exécution dépende de la volonté du donateur (art. 1086).

250. — Ces donations donc ne peuvent pas être attaquées *sous prétexte de défaut d'acceptation.*

Notons ces mots, qui étaient déjà ceux de l'Ordonnance de 1731 (art. 10 et 13), à laquelle notre Code les a empruntés, et qui prouvent qu'il ne s'agit que d'une dispense de solennité, quant à la forme.

C'est-à-dire que l'acceptation, qui doit être expresse dans les donations entre-vifs ordinaires (art. 932), peut être tacite dans les donations par contrat de mariage; mais il n'en faut pas moins toujours que ces donations elles-mêmes soient acceptées. Toute donation, quelle qu'elle soit, ne peut se former par un contrat; or, il n'y a de contrat que par le consentement des parties (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 20).

Aussi, les donations portées dans les contrats de mariage sont-elles, en effet, acceptées par les futurs époux qui y sont parties, par eux-mêmes ou par leurs représentants, et qui acceptent ainsi toutes les conventions et dispositions qu'ils renferment.

Voilà, suivant nous, l'explication vraie de l'article 1087.

M. Troplong a écrit que « la raison en est que les deux « conjoints, *en accomplissant le mariage,* acceptent suf- « fisamment toutes les clauses du contrat. » (T. IV, n° 2469; ajout. Coin-Delisle, art. 1087, n° 1.)

Quoique cette raison ait été proposée aussi dans notre ancien droit (comp. Argou, t. II, p. 266; Furgole sur l'art. 10 de l'Ord.);

Nous ne croyons pas qu'elle soit exacte; et elle serait même, à notre avis, périlleuse; elle implique, en effet, cette idée que la célébration du mariage serait, de la part des époux, une acceptation suffisante des conventions et

des donations renfermées dans le contrat de mariage ; or, précisément, il n'en est rien ! et si les futurs époux n'avaient pas consenti, avant la célébration du mariage, aux conventions et donations portées dans le contrat de mariage, la célébration postérieure de leur mariage ne saurait être considérée comme un consentement donné par eux à ces conventions et donations (*infra*, n° 255) ; c'est une règle que nous établirons plus tard, et que M. Troplong, d'ailleurs, lui-même, reconnaît (t. IV, n° 2477).

Donc, ce n'est qu'en acceptant, si je puis dire ainsi, le contrat de mariage, que les époux acceptent en même temps, les donations qui y sont portées (comp. notre *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, n° 219; *Thémis*, t. VII, p. 478, 479).

251 — L'article 1088 est ainsi conçu :

« Toute donation faite en faveur du mariage sera ca-
« duque, si le mariage ne s'ensuit pas. »

Règle de raison, fondée sur l'interprétation de la volonté du donateur; il avait donné en faveur du mariage, c'est-à-dire évidemment sous la condition que le mariage, en faveur duquel il donnait, aurait lieu; si le mariage n'a pas lieu, la condition a défailli; et la donation doit tomber ; ce n'est là qu'une application du droit commun sur les dispositions conditionnelles (art. 1181).

Le droit romain le reconnaissait ainsi (L. 6, ff., *de condict. causâ data causa non secutâ* ; l. 24 Cod. *de Nupt.*).

Mais, chose singulière ! cette règle avait, au contraire, soulevé quelques résistances, dans notre ancien droit français. De ce que le père était obligé de pourvoir à l'établissement de son enfant, plusieurs avaient conclu que la donation faite par lui, dans son contrat de mariage, devait être présumée avoir pour cause l'acquittement de cette obligation en général ; et que cette cause suffisait pour la maintenir, alors même que le mariage, en faveur duquel elle avait été faite, venait à manquer. Mais Furgole enseignait fort justement la doctrine contraire

(quest., XXIII, nos 10, 12). Le père doit, en effet, toujours continuer d'être l'appréciateur des circonstances dans lesquelles il lui paraît convenable de s'acquitter de son obligation; et la donation faite par lui, en faveur d'un mariage déterminé, est évidemment subordonnée à la condition que ce mariage aura lieu.

Il est notable que l'Ordonnance de 1731, qui aurait dû peut-être résoudre législativement ces doutes, ne renfermait pourtant aucun article sur ce point.

Cet article pouvait, au contraire, ne point paraître aussi nécessaire dans notre Code, qui n'impose pas aux père et mère l'obligation d'établir leur enfant (art. 204).

Mais on ne saurait reprocher au nouveau législateur d'avoir nettement rétabli une règle si vraie!

252. — Il est bien entendu que la donation est caduque, lorsque *le mariage*, *en faveur duquel* elle a été faite, ne s'ensuit pas; lors même que le donataire contracterait, à quelque époque que ce fût, et même immédiatement, mariage avec une autre personne.

Cette conséquence résulte du texte même de l'article 1087 et du motif par lequel nous venons de l'expliquer.

253. — De ce que la donation faite par contrat de mariage est subordonnée à la condition suspensive que le mariage aura lieu, il ne faudrait pas conclure que le donateur n'est pas lié, tant que le mariage n'a pas eu lieu.

Tout au contraire! le donateur est lié, et la donation est parfaite, en ce sens que le sort de cette donation ne dépend plus que de l'accomplissement même de la condition sous laquelle elle a été faite; tel est le caractère de toute disposition conditionnelle, et notamment de la donation entre-vifs, lorsqu'elle a été faite sous une condition suspensive qui ne dépend pas de la volonté du donateur (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 537-539).

D'où il résulte :

1° Que le donateur ne peut pas, en effet, par sa volonté, révoquer la donation, dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration du mariage;

2° Que la donation subsiste, durant cet intervalle, malgré l'incapacité de donner qui lui serait survenue, ou même malgré sa mort, et que la célébration du mariage n'en peut pas moins avoir lieu, de manière à produire l'effet rétroactif de la condition accomplie (art. 1179).

Quelques doutes, il est vrai, avaient encore été exprimés, à ce sujet, dans notre ancien droit; et plusieurs hésitaient à penser que la célébration du mariage pût avoir lieu après la mort de la personne qui avait fait aux futurs époux ou à l'un d'eux une donation dans leur contrat de mariage.

Mais la doctrine contraire avait néanmoins prévalu :

« La célébration du mariage, disait Chabrol, est, à la vérité, une condition de l'institution; mais, pour l'accomplissement de la disposition, il n'est pas nécessaire que cette condition arrive pendant la vie de l'instituant; on peut donner sous une condition, qui ne s'effectue qu'après la mort de celui qui donne...; si l'instituant ne peut pas révoquer la disposition dans l'intervalle du contrat à la célébration..., sa mort ne doit pas opérer plus d'effet. » (Cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 26, sect. II; comp. Auroux, sur la cout. de Bourbonnais, art. 216, n°s 55-57).

Telle est la vraie doctrine.

Il n'en serait autrement que dans le cas exceptionnel, où le donateur aurait mis pour condition spéciale que le mariage aurait lieu de son vivant ou dans un temps fixe quelconque, par lui déterminé (arg. de l'art. 1176).

Mais, lorsque aucun temps fixe n'a été déterminé, *la condition*, dit l'article 1176, *peut toujours être accomplie;* et par conséquent la célébration du mariage peut toujours avoir lieu (comp. Grenier, t. III, n° 428; Vazeille, art.

1088 ; Demante, *Thémis*, t. VIII, p. 479-480; Troplong, t. IV, nos 2478-2479).

254. — L'article 1088 prévoit seulement le cas où le mariage ne serait pas célébré.

Mais nous croyons qu'il faut aussi l'appliquer au cas où le mariage, après avoir été célébré, serait déclaré nul, et que la donation faite par le contrat de mariage serait alors également caduque; car le mariage, une fois déclaré nul, est à considérer légalement comme n'ayant jamais existé; et la condition déterminante et finale, en vue de laquelle le donateur avait disposé, est défaillie dans un cas comme dans l'autre (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 334).

Il n'y a même pas lieu de distinguer si le donateur connaissait ou s'il ignorait, avant la célébration du mariage, l'empêchement qui pouvait ou qui devait en faire prononcer la nullité; peut-être espérait-il, s'il le connaissait, que cette nullité ne serait pas opposée.

Delvincourt enseigne toutefois, que la donation, dans ce cas, *demeurera révoquée entre les parties seulement, et sans préjudice des droits que des tiers de bonne foi ont pu acquérir sur les biens donnés* (t. II, p. 105, note 1).

Mais cet amendement nous paraît inadmissible :

D'abord, la donation n'est pas *révoquée;* elle est *caduque*, c'est-à-dire, qu'elle est réputée ne s'être jamais formée; et M. Troplong remarque fort justement « que la caducité opère plus énergiquement encore que la révocation. » (T. IV, n° 2476.)

Mais, en outre, lors même que l'on y voudrait voir une *révocation*, on ne saurait échapper à l'effet résolutoire que cette révocation devrait produire, à l'égard des tiers, et il faudrait appliquer la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, sauf l'application de l'article 2279, à l'égard des meubles. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 246 ; Massé et Vergé, t. III, p. 319).

255. — Quant à l'hypothèse où le mariage, déclaré

nul, produirait les effets civils, par suite de la bonne foi des époux ou de l'un d'eux, nous nous en sommes occupé ailleurs (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nos 367-369 et 381-382).

256. — Supposons maintenant que le mariage a été célébré et qu'il est valable.

Mais c'est le contrat de mariage qui est nul !

La donation portée dans ce contrat, sera-t-elle nulle aussi nécessairement ? ou pourra-t-elle être, au contraire, valable ?

Pour cette fois, nous ne sommes plus dans le cas prévu par l'article 1088 ; ce n'est plus d'une cause de caducité qu'il s'agit, mais d'une cause de nullité.

Et voilà bien, en effet, ce que nous demandons :

La donation portée dans le contrat de mariage, est-elle nulle, si le contrat de mariage lui-même est nul ?

L'affirmative serait évidente si la nullité, qui vicie le contrat de mariage, était de telle nature qu'elle viciât aussi nécessairement la donation ; comme si l'acte, au lieu d'être notarié, avait été fait sous signature privée, ou si l'acte, étant même notarié, les futurs époux eux-mêmes n'y avaient pas été parties, ou valablement représentés (comp. Nîmes, 8 janv, 1850, Descamps, Dev., 1850, II, 91 ; Toulouse 5 mars 1852, Roulet, Dev., 1852, II, 257 ; Toulouse, 20 juill. 1852, Barjon, Dev., 1852, II, 450 ; Cass., 29 mai 1854, Barjon, Dev., 1854, I, 437).

Mais, au contraire, il ne serait pas impossible que la nullité du contrat de mariage n'entraînât point la nullité de la donation, si, en effet, la donation pouvait être valable par elle-même ; c'est-à-dire notamment : 1° si l'acte avait été passé devant notaire, conformément à l'article 931 ; 2° si la donation avait été acceptée expressément, soit par l'époux donataire, soit par ses représentants légaux, conformément aux articles 932, 933 et 935 ; 3° si elle ne comprenait pas les biens à venir, conformément à l'article 943.

Le donateur, il est vrai, pourrait, même dans ce dernier cas, prétendre qu'il n'a fait la donation qu'en vue et sous la condition du régime matrimonial adopté par les futurs époux, et que sa donation doit tomber avec le contrat de mariage dans lequel ce régime avait été stipulé.

Il nous paraîtrait toutefois bien dur de proclamer, en principe, cette indivisibilité du contrat de mariage et des donations qui y sont renfermées; et nous aimerions mieux en faire une question d'interprétation, que les magistrats auraient à décider d'après les circonstances du fait, et notamment d'après les termes de l'acte, l'ensemble de ses clauses, et l'espèce de régime qui avait été adopté.

257. — C'est encore une règle commune à toutes les donations faites par contrat de mariage, qui est posée par l'article 1090.

« Toutes donations faites aux époux par leur contrat de « mariage, seront, lors de l'ouverture de la succession « du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui « permettait de disposer. »

Si grande que soit la faveur qui s'attache à ces donations, elle ne saurait l'emporter sur le droit, que le législateur a reconnu dans la personne des héritiers réservataires: aussi avons-nous déjà constaté qu'elles demeurent soumises à la réduction pour cause d'atteinte à la réserve (*Voy.* le tome III de ce *Traité*, n° 518); et ce n'est, en effet, qu'une application pure et simple du droit commun, qui leur est faite par notre article 1090.

Cette règle, pourtant, avait été contestée dans certains pays de droit écrit, surtout relativement aux constitutions de dot faites par les père et mère dans le contrat de mariage de leurs filles.

Furgole, en effet, donnait pour titre à sa dixième Question; *Si la dot de la fille est sujette au retranchement de la légitime?* la jurisprudence du Parlement de Toulouse s'était même montrée, sur ce point, fort hésitante : d'a-

bord, indistinctement pour le retranchement, non-seulement contre la femme, mais encore contre le mari; ensuite, indistinctement contre le retranchement, non-seulement en faveur du mari, mais encore en faveur de la femme; elle avait fini par un *tiers avis,* dit Furgole (sur l'art. 35 de l'Ord. de 1731), qui admettait le retranchement contre la femme, et ne l'admettait pas contre le mari.

C'est précisément à cette distinction que l'article 35 de l'Ordonnance de 1731 se réfère, pour l'abroger en ces termes :

« La dot, même celle qui aura été fournie en deniers, « sera pareillement sujette au retranchement pour la lé- « gitime dans l'ordre prescrit par l'article précédent; ce « qui aura lieu, soit que la légitime soit demandée pen- « dant la vie du mari ou qu'elle ne soit demandée qu'a- « près sa mort.... »

Cette doctrine, d'ailleurs, était déjà admise dans les autres pays de droit écrit, notamment par les Parlements de Grenoble et de Provence.

Et, quant aux pays coutumiers, les auteurs les plus accrédités témoignent que la dot, comme toutes les autres donations par contrat de mariage, était soumise au retranchement pour la légitime; et cela contre le mari lui-même, sans attendre la dissolution du mariage (comp. Pothier, *Des Donations entre-vifs,* sect. III, art. 5, § 2; Ferrières, cout. de Paris, art. 298, gloss. 4, n° 17; Lebrun, *Des Successions*, liv. II, chap. III, section VII, n° 16).

C'est que, en effet, les motifs sur lesquels le Parlement de Toulouse avait fondé sa jurisprudence, n'étaient pas admissibles.

Sans entreprendre de démontrer qu'il avait fait une application inexacte du droit romain, qui soumettait, au contraire, les dots comme les autres donations au retranchement pour les légitimes (L. unic. Cod. *De inoffic.; dotibus;* comp. le tome II de ce *Traité*, n° 6).

Nous voulons signaler seulement l'appréciation exagérée qu'il avait faite du caractère de ces donations, en concluant de ce que les époux les reçoivent *ad sustinenda onera matrimonii*, qu'elles revêtent, à leur égard, le caractère d'une acquisition à titre onéreux.

Il nous semblerait, en effet, difficile (quoiqu'on l'ait fait pourtant), de contester, du moins en ce qui concerne la fille, le caractère gratuit de la constitution de dot et qu'elle n'est, relativement à elle, qu'une donation.

Et relativement au mari, voulût-on le considérer comme un sous-acquéreur (ce qui peut être vrai, comme nous le verrons plus tard, dans le *Titre du contrat de mariage*), on n'en serait pas plus avancé; est-ce que, en effet, l'action en réduction n'atteint pas les sous-acquéreurs ! (Art. 930.)

Ajoutons, enfin, les injustices et les dangers de cette doctrine, qui établirait entre les enfants des inégalités intolérables, et *qui ouvrirait la porte à ces fraudes que précisément les lois veulent éviter avec le plus grand soin* (Furgole, *Quest. loc. supra;* comp. d'Olive, liv. III, chap. XXI; Catelan, liv. IV, chap. LXVI).

Voilà le principe de la reduction posé.

Et, maintenant, dans quel ordre les donations par contrat de mariage doivent-elles être réduites?

C'est ce que nous allons bientôt examiner (*infra*, n° 596.

258. — Il convient de rappeler encore deux règles qui sont communes à toutes les donations par contrat de mariage, ou du moins à celles qui sont faites par des tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux ; à savoir :

1° Qu'elles ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (art. 959); ce qui constitue une dérogation au droit commun ;

2° Qu'elles sont révoquées pour cause de survenance d'enfant; ce qui n'est, au contraire, qu'une application du droit commun (art. 960; comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 650, 653 et 767).

258 *bis.* — Les immunités, soit en la forme, soit au fond, que la loi accorde aux donations qui sont faites dans le contrat de mariage, appartiennent-elles aux donations qui sont faites en faveur du mariage, mais dans un acte autre que le contrat de mariage?

L'affirmative est évidente, si l'acte par lequel la donation a été faite, se rattache au contrat de mariage, conformément aux articles 1396 et 1397 ; ou, plutôt, notre question ne s'élève même pas dans ce cas, puisque cet acte se confond avec le contrat de mariage, dont il devient une partie intégrante.

Mais, sauf ce cas, nous croyons qu'il faut répondre négativement.

Les dispositions, qui constituent des exceptions aux principes, doivent être renfermées dans les termes de la loi qui les établit,

Or, tel est bien le caractère des articles de notre chapitre, qui dérogent, en effet, notablement aux principes de la donation entre-vifs ; et comme ces articles ne mentionnent que les donations qui sont faites par contrat de mariage, il faut en conclure qu'ils ne peuvent pas être étendus aux donations qui sont faites en dehors du contrat de mariage, lors même qu'elles seraient faites en faveur du mariage ; le législateur ayant considéré sans doute que le contrat de mariage, par cela même qu'il se rattache nécessairement au mariage, fournit seul la preuve certaine, qui ne résulte pas, au contraire, d'une donation faite simplement en faveur du mariage, la preuve, disons-nous, que le mariage a été le vrai mobile et la cause déterminante de la donation.

Telle était aussi la règle ancienne :

« *Nec sufficit quod fiant in favorem, sed quod in ipso con-* « *tractu, ut sint pars pactorum dotalium.* » (Dumoulin, sur Auvergne, chap. XIV, art. 26 ; comp. Auroux des Pommiers sur l'art. 219 de la cout. de Bourbonnais).

Cette conclusion doit être appliquée, soit à l'article 1087,

soit aux articles 1081, 1082, 1084 et 1086, qui, tous en effet, ne mentionnent que *les donations faites par contrat de mariage* (*voy.* aussi l'article 952; et *infra*, n° 276).

Elle a été contestée, toutefois, en ce qui concerne l'article 1087, par quelques jurisconsultes, qui ont soutenu que la donation faite en faveur du mariage aux futurs époux ou à l'un d'eux, n'était pas soumise à la solennité de l'acceptation expresse, quoiqu'elle eût été faite en dehors du contrat de mariage.

Cette doctrine était, dans l'ancien droit, celle de Furgole sur l'article 10 de l'Ordonnance de 1731, qui était conçu dans les mêmes termes que notre article 1087; et Roussilhe l'enseignait aussi (*Jurisprud. des donat.*, n° 293).

Mais, sauf une seule dissidence (Guilhon, n° 992), elle n'a pas été admise dans notre droit nouveau (comp. Nîmes, 8 janvier 1850, Descamps, Dev., 1850, II, 91, Duranton, t. IX, n° 667; Vazeille, art. 1087, n° 3; Coin-Delisle, art. 1081, n° 8, et 1087, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2470; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 243, 244; Colmet de Santerre, t. IV, n° 249 *bis;* Saintespès-Lescot, t. V, n° 1878).

259. — Toutefois, comme il n'est pas possible non plus d'ajouter aux termes de la loi, nous n'appliquerons pas cette conclusion à ceux des articles dans lesquels elle mentionne simplement les donations faites *en faveur de mariage.*

Tel est d'abord l'article 959, sur lequel nous nous sommes déjà expliqué (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 653).

Tel est aussi l'article 1088, qui, en décidant que la donation faite en faveur du mariage est caduque, si le mariage ne s'ensuit pas, se borne à déduire de la volonté du donateur une interprétation qui semble, en effet, devoir être admise, quand la donation a été faite en faveur du mariage, lors même qu'elle n'aurait pas été faite par le contrat de mariage.

Il faut néanmoins, même sous ce rapport, remarquer deux différences entre la donation faite par contrat de mariage, et la donation faite seulement en faveur du mariage, mais par un contrat séparé.

C'est, d'abord, que la première est présumée, de plein droit, faite en faveur du mariage et sous la condition de la célébration; tandis qu'il n'en est pas ainsi de la seconde, et que celle-ci, au contraire, ne doit être considérée comme subordonnée à la condition du mariage, qu'autant que le donateur en a exprimé la volonté; car ces mots : en *faveur du mariage*, ne suffiraient pas toujours, pour exprimer une condition; et il se pourrait qu'ils n'exprimassent qu'un vœu ou un conseil (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 314; Bordeaux, 15 févr. 1849, de Saint-Garrand, Dev., 1849, II, 667).

Et, en second lieu, tandis que la donation par contrat de mariage est toujours présumée faite en vue et sous la condition d'un mariage déterminé, il peut en être autrement de la donation faite en faveur de mariage qui, lors même qu'elle serait subordonnée à la condition d'un mariage, pourrait ne pas impliquer la nécessité de ce mariage avec une personne déterminée (comp. Brillon, v° *Donation*, n° 189; arrêt du 23 août 1694, sur les conclusions de l'avocat général de Lamoignon; Troplong, t. IV, n° 2473).

260. — Au reste, dès qu'il est reconnu qu'une donation a été faite *en faveur du mariage*, c'est-à-dire sous la condition soit d'un mariage quelconque, soit d'un mariage avec une personne déterminée, cette donation est caduque, si le mariage ne s'ensuit pas, sans qu'il y ait lieu d'examiner en quelle forme elle a été faite, et lors même qu'il s'agirait d'une donation déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux.

Les principes commandent cette solution (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 111);

Et aussi la loyauté et la bonne foi! (Comp. Cass., 7 mai

1820, Desmarès, Sirey, 1820, IV, 290; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 246, 247; Troplong, t. IV, n° 2474.)

261. — Est-il besoin de dire que les immunités que la loi accorde, dans ce chapitre VII, ne sauraient appartenir qu'aux donations qui sont faites *avant* le mariage!

Faites *après*, elles ne pourraient pas être faites, non-seulement par contrat de mariage (art. 1394-1395), mais même *en faveur du mariage*, c'est-à-dire, afin de favoriser la célébration du mariage; et cela, lors même qu'elles auraient été déterminées par le mariage accompli et pour lui venir en aide (comp. art. 202 de la cout. d'Orléans).

Il est bien entendu que nous ne parlons pas des dispositions entre époux, qui font l'objet du chapitre IX (art. 1096).

262. — Nous avons déjà remarqué que les donations mêmes, qui sont faites par contrat de mariage, ne jouissent des immunités que la loi leur accorde, qu'autant qu'elles sont faites aux futurs époux et aux enfants à naître du mariage.

Toute donation, qui serait faite à une autre personne, fût-ce même à l'occasion ou en faveur du mariage, et à l'un des plus proches parents de l'un des futurs époux, comme, par exemple, à ses enfants d'un premier lit, cette donation ne serait, même dans le contrat de mariage, qu'une donation *à l'ordinaire*, disait Lebrun, qui demeurerait soumise, en la forme et au fond, à toutes les règles du droit commun (art. 947, 1081 et suiv.; le tome III de ce *Traité*, n° 479; Furgole, sur l'article 10 de l'Ordonn. de 1731; Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. II, n° 12; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 317; Coin-Delisle, art. 1081, n° 30; Bonnet, *Dispositions par cont. de mariage*, t. I, n° 26).

263. — Une dernière question nous reste à résoudre sur le caractère général des donations par contrat de mariage :

Sont-elles des donations entre-vifs?

Ne sont-elles pas plutôt des donations à cause de mort?

Et d'abord, il est clair que cette question ne s'applique pas à la première espèce de ces donations, qui a pour objet les biens présents du donateur; l'article 1081 porte, en effet, formellement, qu'elle constitue une donation entre-vifs soumise aux règles générales prescrites pour ces donations.

Mais des doutes sont élevés, en ce qui concerne les trois autres espèces de donations, qui peuvent comprendre les biens à venir; qui sont caduques par le prédécès du donataire et des enfants issus du mariage; et qui même peuvent être faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur; — autant de traits, qui leur impriment la physionomie de la donation à cause de mort; et il semblerait, en effet, que notre Code a évité de les qualifier de *donations entre-vifs* (comp. l'art. 1081 et les art. 1082, 1083, 1084, 1086; ajout. art. 1086). Aussi, a-t-on enseigné qu'elles ont le caractère de donation à cause de mort; c'est de là même que Merlin a conclu que ces donations ne sont pas soumises à l'application de l'article 931, qui exige un acte notarié avec minute, parce que cet article ne s'applique qu'à la donation entre-vifs; que, à la vérité, les donations par contrat de mariage doivent être faites par acte notarié; mais que cette nécessité résulte, pour elles, non pas de l'article 931, mais seulement de l'article 1394, qui exige que le contrat de mariage soit reçu par acte devant notaire; et qu'en conséquence, aucun texte n'exigeant qu'il reste minute de l'acte renfermant le contrat de mariage, les donations, portées dans un contrat de mariage sans qu'il en reste minute, sont valables elles-mêmes, comme ce contrat, sans qu'il en reste minute. (*Répert.* v° *Donation,* section II, § 8; ajout. Zachariæ, § 735 *bis*, note I).

Mais cette thèse ne nous paraît pas exacte; et nous

croyons, au contraire, que les donations par contrat de mariage appartiennent, comme dit M. Bonnet, par leur genre, à la donation entre-vifs. (T. I, *Introduct.*, n° LXXIV).

L'article 893, en effet, n'admet, dans notre droit nouveau, que deux modes de dispositions à titre gratuit; c'est-à-dire qu'il abroge tout à fait les donations à cause de mort; sans en excepter, comme avait fait l'article 3 de l'Ordonnance de 1731, *celles qui se feront par contrat de mariage;*

Or, les donations par contrat de mariage ne sont pas des testaments;

Donc, elles ne peuvent être que des donations entre-vifs.

Et voilà bien ce qui résulte de l'article 947, d'après lequel quatre articles du chapitre IV *des Donations entre-vifs* ne s'appliquent point aux donations, dont est mention dans les chapitres VIII et IX, qui traitent des donations par contrat de mariage et des donations entre époux pendant le mariage.

D'où il faut conclure que les autres articles, qui régissent la donation entre-vifs, s'appliquent aux donations par contrat de mariage, dans tous les cas, où la loi n'y a pas apporté, explicitement ou implicitement, des dérogations.

Les dérogations qu'elle y a apportées, sont considérables sans doute; et il est vrai que la règle fondamentale de la donation entre-vifs : *donner et retenir ne vaut*, ne leur est point applicable, à beaucoup près, dans toutes ses rigueurs!

Mais ce sont là, en effet, des dérogations, dont *les conséquences sont aussitôt réglées et définies* (Bordeaux, 8 août 1853, Petit, Dev., 1853, II, 641), et que l'on ne saurait étendre au delà des limites que le législateur y a marquées (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 41).

M. Eschbach, qui pense aussi que les rédacteurs du Code ont *classé l'institution contractuelle parmi les donations*, ajoute, il est vrai, que *la doctrine peut leur repro-*

cher d'avoir tenté l'impossible! (*Revue de Législat.*, 1840, t. II, p. 127).

Nous croyons que l'explication, qui va suivre, fournira la preuve du contraire.

Quant à cette proposition de Merlin et de Zachariæ, que les contrats de mariage pourraient être reçus en brevet, elle est en dehors de notre thèse; et ce n'est pas ici le lieu de l'examiner; nous voulons toutefois ajouter qu'elle est elle-même inadmissible; un contrat de mariage est-il donc un *de ces actes simples*, que les notaires sont autorisés à recevoir en brevet? il n'est, à ce que nous croyons, personne aujourd'hui qui voudrait entreprendre de le soutenir (comp. loi du 25 ventôse an XI, art. 20 et 68; Coin-Delisle, art. 1081, n° 1; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. VI, p. 244-245; Bonnet, *loc. supra*, art. 3, n° 25).

264. — Nous allons maintenant examiner, séparément, chacune des quatre espèces de donations, qui peuvent être faites par contrat de mariage (*supra*, n° 247).

Et quand nous aurons exposé leurs caractères et leurs effets, nous rechercherons: 1° dans quel ordre elles doivent être réduites, lorsqu'elles entament la réserve; 2° à quelle époque y est requise la capacité, soit de donner, soit de recevoir.

I.

De la donation de biens présents.

SOMMAIRE.

265. — La donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, demeure soumise aux règles générales prescrites pour les donations entre-vifs ordinaires.

266. — Conséquences de ce principe.

267. — Suite. — Pourquoi la loi a-t-elle pris soin de déclarer spécialement que la donation de biens présents par contrat de mariage, ne peut pas être faite au profit des enfants à naître du mariage?

268. — Suite.

269. — Suite.

270. — Comment concilier l'article 947 avec l'article 1081 : le premier, disposant que les articles 944, 945 et 946, qui sont prescrits pour les donations entre-vifs, ne s'appliquent pas à la donation par contrat de

mariage ; tandis que le second dispose que la donation entre-vifs de biens présents, quoique faite par contrat de mariage, est soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre?

265. — L'article 1081 est ainsi conçu :

« Toute donation entre-vifs de biens présents, quoique « faite par contrat de mariage aux époux ou à l'un d'eux, « sera soumise aux règles générales prescrites pour les « donations faites à ce titre.

« Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfants à « naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre VI « du présent titre. »

Ainsi, la donation de biens présents est à considérer comme une donation entre-vifs ordinaire, *quoiqu'elle* soit faite par contrat de mariage, c'est-à-dire, lors même qu'elle est faite par contrat de mariage ; qu'aurait-on pu ajouter, de plus, en effet, à ce mode de disposer, le plus avantageux de tous pour le donataire, et qui le saisit actuellement et irrévocablement de la chose donnée !

En conséquence, la donation de biens présents conserve, dans le contrat de mariage, son caractère propre ; et elle y demeure soumise aux règles générales qui gouvernent toute donation entre-vifs, sauf, bien entendu, les modifications, que nous venons de déclarer communes à toutes les donations par contrat de mariage.

Tel est le principe.

266. — D'où il résulte naturellement que la donation de biens présents par contrat de mariage produit les mêmes effets, ni plus ni moins, que toute donation entre-vifs.

Ainsi notamment :

1° Elle saisit actuellement et irrévocablement le donataire ; et par conséquent, elle dessaisit le donateur, qui est tenu de lui faire la délivrance des biens donnés, dès le jour de la célébration du mariage, s'il ne s'en est pas réservé l'usufruit ;

2° Elle n'est pas caduque par le prédécès de l'époux

donataire, soit qu'il laisse, soit qu'il ne laisse pas des enfants du mariage; comment pourrait-elle être caduque, puisqu'elle est parfaite et que le droit est acquis! aussi l'article 1081 n'est-il pas rappelé dans l'article 1089;

3° Elle ne peut comprendre que les biens présents du donateur (art. 943);

4° Elle ne peut pas être faite sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur (art. 944); ni sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état, qui devrait y être annexé (art. 945);

5° Elle est soumise à la formalité de la transcription, lorsqu'elle comprend des biens susceptibles d'hypothèques (art. 939); — ou d'un état estimatif, lorsqu'elle comprend des effets mobiliers (art. 948; comp. Cass., 2 avril 1821, Dev. et Car., VI, I, 409; Cass., 23 juill. 1822, Dev. et Car., VII, I, 114; Duranton, t. VIII, n° 411; Coin-Delisle, art. 939, n° 18 et 948, n° 11; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 253; Troplong, t. IV, n° 2341; Bonnet, t. I, n° 206, et t. II, n° 686);

6° Enfin, elle ne peut pas avoir lieu au profit des enfants à naître (art. 906).

267. — Cette dernière conséquence de notre principe est rappelée par la loi elle-même, dans le second alinéa de l'article 1081.

Mais pourquoi donc avoir rappelé celle-ci seulement, et point les autres que nous venons aussi d'en déduire?

Il ne paraît pas, à première vue, facile de s'en rendre compte; car cette conséquence, que la loi a cru devoir spécialement rappeler, est, pour le moins, aussi évidente que toutes les autres!

Le législateur a-t-il voulu dire que les enfants à naître du mariage ne seraient pas sensés compris, par une sub-

stitution vulgaire tacite, dans la donation de biens présents, comme ils sont censés compris dans la donation de biens à venir? (Art. 1082.)

Mais cela était par trop inutile à dire! ou plutôt le second alinéa de l'article 1081, ainsi entendu, serait véritablement un *non-sens!* Est-ce que, en effet, la substitution vulgaire est possible dans une donation entre-vifs de biens présents? et comment un autre donataire, quel qu'il soit, pourrait-il venir après cet époux donataire, qui est lui-même saisi *actuellement et irrévocablement!* (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 80); il est manifeste que ces biens-là ne peuvent plus arriver à d'autres que par voie de transmission, du chef du donataire, qui, en effet, les transmettra lui-même à ses successeurs, quels qu'ils soient, enfants ou autres.

Faut-il penser que le législateur a voulu dire, dans ce second alinéa, que la donation de biens présents ne pourrait pas être faite, directement, aux enfants à naître du mariage?

Mais il semble que cela était aussi parfaitement inutile, et qu'il n'était pas besoin de défendre de faire une donation entre-vifs de biens présents.... au néant!

Et, toutefois, nous croyons que c'est là, en effet, ce qu'il a voulu dire, et que le second alinéa de l'article 1081, ne renferme pas autre chose que cette défense.

Notre texte, ainsi entendu, s'explique par la volonté du législateur nouveau d'abroger, sur ce point, l'ancien droit.

L'ancien droit, en effet, avait poussé la faveur des donations par contrat de mariage, jusqu'à cette exagération de permettre les donations de biens présents au profit des enfants à naître (comp. Ordonn. de 1731, art. 10; cout. de Berry, tit. VII, art. 6; de Nivernais, chap. XXVII, art. 12; Furgole sur l'art. 10 précité; Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 51; Bonnet, t. I, n°s 226-227).

Exagération évidente, qui ne se pouvait justifier, ni en logique, ni en raison.

Logiquement, comment concevoir une donation entre-vifs de biens présents qui serait *en l'air*, sans reposer sur rien! c'est déjà sans doute un phénomène que de voir des enfants, non encore conçus, donataires eux-mêmes personnellement, soit comme appelés, dans les substitutions permises, soit comme substitués vulgairement, dans les donations de biens à venir par contrat de mariage; du moins, y a-t-il alors un premier bénéficiaire, qui soutient la donation : le grevé, dans le premier cas; et l'époux donataire, dans le second cas. Mais une donation entre-vifs de biens présents, faite, directement et uniquement, à l'adresse d'un enfant non conçu, vraiment, c'était une énormité juridique!

Il faut ajouter qu'aucun intérêt n'exigeait cette dérogation aux principes, et qu'on ne s'expliquerait même pas la fantaisie singulière de celui qui voudrait donner seulement aux enfants à naître, qu'il ne connaîtra peut-être jamais et dont nul ne peut dire ce qu'ils seront! sans donner ni à l'un ni à l'autre des futurs époux, qui sont présents et qu'il connaît! (Comp. *infra*, n° 289.)

268. — Mais s'il se défie des futurs époux et de leur bonne gestion?

Eh bien! qu'il fasse une substitution fidéicommissaire; voilà le moyen que la loi elle-même lui indique, dans l'article 1081 (art. 1048 et suiv.).

Il faut que nous ajoutions pourtant que ce moyen ne pourrait pas toujours être employé; car la charge de conserver et de rendre ne peut être imposée, dans les donations faites par contrat de mariage, que dans les mêmes cas où elle est permise, dans les donations ordinaires (art. 1081, *in fine*).

Or, elle n'est permise que de la part des *père et mère* envers *leurs enfants*, et de la part *des frères et sœurs* envers

leurs *neveux et nièces,* lorsqu'ils ne laissent pas d'enfants (art. 1048-1049);

Tandis que, au contraire, les donations par contrat de mariage peuvent être faites par toute personne, quelle qu'elle soit, père et mère ou autres ascendants, frères et sœurs ou autres collatéraux, et même par des étrangers.

D'où il suit que tous ceux qui peuvent faire une donation de biens présents par contrat de mariage, ne pourraient pas y ajouter la charge de conserver et de rendre.

Et, puisque nous parlons de substitution permise, remarquons encore une autre différence, qui existe entre la substitution permise par les articles 1048-1049, et la substitution vulgaire, qui est présumée dans la donation de biens à venir par contrat de mariage : que celle-ci, la substitution vulgaire, n'existe qu'au profit des enfants nés du mariage, en faveur duquel la donation a été faite (art. 1082, 1089); tandis que la première, la substitution permise par les articles 1048-1049, doit, au contraire, être faite au profit de tous les enfants du donateur sans distinction (art. 1050).

269. — Dans quels cas la donation de biens présents par contrat de mariage, devra-t-elle être considérée comme faite au futur époux, avec charge de rendre à ses enfants?

Ce n'est plus là qu'une question d'interprétation, pour laquelle il faut se reporter aux règles, que nous avons déjà proposées (comp. le tome I, nos 157 et suiv.).

On ne pourrait guère se refuser à voir une substitution dans la donation, qui serait faite à l'un des époux *et à son premier né....;* ou *à tous les fils qui naîtraient de son mariage...;* ou encore *à ses enfants et à ses petits-enfants* (Coin-Delisle, art. 1081, n° 13); quoique cette interprétation ait pour résultat la nullité complète de la disposition (art. 896).

Mais il en serait autrement de la donation faite aux futurs époux ou à l'un d'eux *et aux enfants à naître de*

leur mariage; une clause pareille devrait être interprétée en ce sens que la donation est faite en faveur du mariage, afin d'en soutenir les charges, et notamment afin de pourvoir à l'éducation des enfants, qui pourront aussi, comme héritiers de leurs père ou mère donataires, trouver les biens dans leur succession ; et cette interprétation devrait être surtout admise, si la donation était faite par une personne, qui ne se trouverait pas dans les termes des articles 1048 et 1049; puisque l'interprétation qui verrait alors une substitution, aboutirait à la complète nullité de la disposilion. (comp. Poujol, art. 1081, n° 5).

270. — Nous venons de dire, avec l'article 1081, que la donation de biens présents par contrat de mariage est soumise aux règles générales prescrites pour la donation entre-vifs ordinaire ; et nous en avons conclu qu'elle est soumise à l'application des articles 944, 945 et 946 (*supra*, n° 266.)

Mais alors, comment répondre à l'objection que voici :

L'article 947 dispose que : « les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre ; »

Or, parmi *les articles précédents*, se trouvent précisément les articles 944, 945 et 946 ; et dans le chapitre VIII, se trouve l'article 1081 ;

Donc, il résulte du texte même de l'article 947 que les articles 944, 945 et 946 ne s'appliquent pas à la donation dont il est mention à l'article 1081, et que, par conséquent, cette donation n'est pas soumise aux règles générales prescrites pour les donations entre-vifs ordinaires.

La réponse est facile :

Sans doute, les articles 944, 945 et 946 ne s'appliquent point aux donations dont est mention dans le chapitre VIII, en ce sens que l'insertion, dans ces donations, des clauses prévues par ces articles ne les rendent pas nulles.

Ces donations sont donc valables, même avec les clauses prévues par ces articles.

Mais comment sont-elles alors valables ? et quels en sont le caractère et les effets ?

Ceci est autre chose ! et il est évident qu'elles ne peuvent valoir, dans ce cas, comme donations entre-vifs de biens présents, dans les termes de l'article 1081.

Elles ne valent donc plus que comme des donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, dans les termes de l'article 1086.

Cette altération du caractère de la donation de biens présents, la fait passer de la première espèce des donations par contrat de mariage, qui est l'objet de l'article 1081, dans la quatrième espèce qui est l'objet de l'article 1086 (*supra*, n° 247).

Et, par conséquent, l'article 1089 est alors aussi applicable ; d'où il suit qu'elle serait caduque par le prédécès du donataire.

II.

De la donation de biens à venir.

SOMMAIRE.

271. — Exposition historique. — Origine de l'institution contractuelle.
272. — Exposition philosophique.
273. — Par quel motif les rédacteurs du Code Napoléon ont-ils évité de qualifier la donation de biens à venir, de son ancien nom d'institution contractuelle ?
274. — Division.
275. — I. Des conditions de validité de la donation de biens à venir.
276. — *a*. Par quel acte et en quelle forme la donation de biens à venir peut-elle être faite ?
277. — La donation de biens à venir est-elle soumise, quant aux immeubles, à la nécessité de la transcription, conformément à l'article 939 ? et, quant aux meubles, à la nécessité d'un état estimatif, conformément à l'article 948 ?
278. — Le même contrat de mariage peut renfermer plusieurs donations de biens à venir, faites séparément ou conjointement, par diverses personnes.
279. — *b*. La donation de biens à venir peut comprendre tout ou partie des biens, que le donateur laissera à son décès. — Explication.

308. — Des conditions et des modalités, dont l'institution contractuelle est susceptible.
309. — II. Des effets de l'institution contractuelle. — Appréciation du caractère juridique du droit de l'institué.
310. — *a*. Des effets de l'institution contractuelle, à l'égard de l'instituant ou du donateur.
311. — Suite.
312. — Suite. — L'instituant peut-il encore aliéner ses biens moyennant une rente viagère?
313. — Suite.
314. — L'institué pourrait-il stipuler que l'instituant n'aura pas le droit d'aliéner même à titre onéreux, ou du moins qu'il n'aura le droit d'aliéner qu'avec son consentement?
315. — Mais l'instituant ne peut plus disposer, à titre gratuit, des biens compris dans l'institution.
316. — Suite.
317. — Suite.
318. — Suite.
319. — Suite. — L'instituant peut-il faire une disposition à titre universel, au préjudice de l'institution?
320. — L'instituant pourrait-il se réserver le droit de disposer à titre gratuit, dans une mesure plus étendue? — Et, en sens inverse, pourrait-il s'interdire le droit de disposer à titre gratuit, même seulemen dans la mesure permise par l'article 1083?
321. — *b*. Des effets de l'institution contractuelle, à l'égard de l'institué ou du donataire. — Division.
322. — I. Des effets de l'institution contractuelle à l'égard de l'institué pendant la vie de l'instituant.
323. — Suite. — L'institué pourrait-il demander à la justice d'être autorisé à prendre des mesures conservatoires, s'il offrait de prouver que l'instituant commet des actes frauduleux, dans le but de diminuer ou d'anéantir, à son détriment, le bénéfice de l'institution?
324. — L'institué peut-il, du vivant de l'instituant, céder son droit ou y renoncer?
325. — II. Lors du décès de l'instituant, l'institution peut soit s'ouvrir, soit devenir caduque. — Comment et dans quels cas?
326. — Suite. — Du cas où les deux époux ont été institués conjointement. — Le droit d'accroissement a-t-il lieu dans les institutions contractuelles?
327. — Dans quels cas la vocation des enfants issus du mariage s'ouvre-t-elle? — Et quel est le droit qui en résulte pour eux?
328. — *Quid*, s'il existe des enfants au premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé? — Ou si tous les enfants du premier degré étant prédécédes, il n'existe que des descendants d'eux en degrés égaux ou inégaux?
329. — La renonciation a-t-elle, en matière d'institution contractuelle, le même effet que le prédécès? et si l'époux ou les époux institués renoncent, le droit des enfants substitués s'ouvre-t-il?
330. — *Quid*, si l'époux donataire est indigne de succéder au donateur?
331. — L'institué peut accepter ou répudier la succession de l'instituant;

271. — La donation de biens à venir est réglée, dans notre Code, par trois articles, dont il est nécessaire, avant tout, de citer le texte.

Article 1082 : « Les père et mère, les autres ascendants, « les parents collatéraux des époux, et même les étran- « gers pourront, par contrat de mariage, disposer de « tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de « leur décès, tant au profit desdits époux qu'au profit « des enfants à naître de leur mariage, pour le cas où le « donateur survivrait à l'époux donataire.

« Pareille donation, quoique faite seulement au profit « des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit « cas de survie du donateur, présumée faite au profit « des enfants et descendants à naître du mariage. »

Article 1083 : « La donation dans la forme portée au « précédent article, sera irrévocable, en ce sens seule- « ment que le donateur ne pourra plus disposer, à titre « gratuit, des objets compris dans la donation, si ce « n'est pour sommes modiques, à titre de récompenses « ou autrement. »

Article 1089 : « Les donations faites à l'un des époux, « dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086 ci- « dessus, deviendront caduques, si le donateur survit « à l'époux donataire et à sa postérité. »

A ces traits, il est facile de reconnaître le mode de disposer, qui jouait, dans notre ancienne jurisprudence, un si grand rôle sous le nom de *convenance de succéder* ou d'*institution contractuelle*, et que de Laurière a défini :

« Un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage, au profit des époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble. » (Chap. I, n° 21 ; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 45.)

Le droit romain était trop jaloux de la liberté testamentaire pour permettre qu'elle fût aliénée par un contrat! on sait même l'espèce de haine dont il poursuivait tous les pactes sur les successions futures; et c'était, d'ailleurs, une de ses maximes fondamentales que l'institution d'héritier ne pouvait être faite que par testament; aussi paraît-il certain, malgré les inductions que l'on a tirées de quelques textes, qu'il est impossible d'y apercevoir le germe de l'institution contractuelle.

C'est bien plus vraisemblablement aux lois barbares que ce mode de disposer doit son origine; admis d'abord dans toute espèce de contrats, il fut ensuite circonscrit dans les contrats de mariage, d'où les romanistes, qui lui avaient enlevé toutes ses autres positions, ne parvinrent pas, dit M. Eschbach, à le *débusquer* (loc. cit., *infra*); c'est qu'il eut un puissant défenseur dans la féodalité, qui trouva, en lui, un moyen précieux de conservation des propres dans les familles, un moyen surtout d'assurer la desserte exacte des fiefs, par des successeurs choisis d'avance *sous les yeux du Seigneur* (Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XXXIV); d'où l'on a même pu conclure que l'institution contractuelle n'eut lieu, primitivement, que dans les contrats de mariage entre nobles.

Mais elle ne tarda pas à être admise dans tous les contrats de mariages; et plusieurs coutume, particulièrement celles d'Auvergne, de Bourbonnais et de la Marche, l'autorisèrent formellement.

Elle acquit même une faveur si grande, qu'elle finit par s'accréditer dans les provinces de droit écrit, malgré l'ardente opposition des *sectateurs du Droit romain!* (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, nº 80; Maynard, t. I, liv. V, chap. xc; Lebrun, liv. III, chap. x, nº 4.)

C'est dans cet état qu'elle a été admise par l'Ordonnance de 1731 (art. 17); d'où elle a passé dans le Code Napoléon (comp. Eschbach, *Notice historique sur l'Institution contractuelle*, Revue de législat., t. XI, p. 127 et suiv.; Kœnigswarter, *Études historiques sur le Droit civil français,* Revue de législat., t. XIX, p. 532 et suiv.; Anouilh, *de l'Institution contractuelle dans l'ancien Droit français et d'après le Code Napoléon*, Revue historique de Droit français et étranger, 1860, t. VI, p. 289 et suiv., et p. 385 et suiv.; Bonnet, *Origine et Historique de l'Institution contractuelle,* t. I, nºs 229 et suiv.).

272. — Il semble, en effet, que ce mode de disposition répond parfaitement aux besoins de la situation qu'il est appelé à satisfaire.

La donation entre-vifs de biens présents est sans doute la plus avantageuse pour les époux! elle est même la seule qui puisse leur être offerte, s'ils sont sans fortune; il faut bien, alors, du *certain* et du *présent* pour supporter les charges du ménage; il faut une *dot* enfin; et il n'y a que la donation de biens présents qui puisse la fournir.

Très-bien pour les époux, qui sont les donataires, et qui se trouvent alors saisis actuellement et irrévocablement!

Mais le donateur, lui! on comprend qu'il répugne à se dessaisir de la sorte; et que souvent même, il soit dans l'impossibilité de le faire, malgré toute sa bienveillance

pour les futurs époux; car il ne peut pas, pour fonder une nouvelle famille, appauvrir et désorganiser la sienne!

Qu'offrir donc aux époux, dans ce cas?

Une disposition testamentaire?

Ceci serait bien, sans doute, à l'avantage du disposant! mais qui voudrait s'engager dans les charges d'un établissement par mariage, sur la foi d'une disposition toujours révocable, et qui pourrait même, indépendamment de toute révocation, se trouver nulle pour cause d'incapacité du testateur à l'époque du décès!

Ce qu'il faut, en conséquence, trouver, c'est une combinaison qui, sans dessaisir actuellement le disposant de la propriété de ses biens, en assure pourtant la transmission aux époux pour l'époque de sa mort, avec une suffisante garantie d'irrévocabilité.

Eh bien! c'est précisément cette combinaison que l'institution contractuelle réalise, par le mélange des principes de la donation entre-vifs, qui est irrévocable, et des principes du testament, qui ne s'ouvre que par la mort du disposant.

Aussi, sommes-nous surpris de voir qu'elle ne soit pas plus pratiquée; car sans admettre, comme quelques-uns semblent le croire, qu'elle tend à disparaître de nos mœurs, nous pensons, en effet, qu'elle n'a pas conservé, dans notre droit moderne, toute la faveur qu'elle avait obtenue dans l'ancien droit, et que son évidente utilité semblait devoir lui assurer toujours.

273. — Les rédacteurs du Code Napoléon ont donc, suivant nous, sagement fait de la maintenir.

Mais est-il vrai qu'ils l'aient maintenue?

Où donc est son nom dans notre Code?

C'est, en effet, une chose digne de remarque qu'il ne s'y trouve pas!

Les travaux préparatoires ne fournissent aucune révélation des motifs qui ont pu porter le législateur de 1804

à éviter l'emploi de cette dénomination d'*Institution contractuelle*.

Ont-ils craint de « blesser les idées nouvelles, en inscrivant dans leur œuvre ce mot de *féodale mémoire?* » il faut convenir que leur crainte, pour cette fois, eût été excessive! et cette conjecture de M. Eschbach nous paraît peu vraisemblable (*loc. supra, cit.*).

Ce que nous croirions plutôt, c'est qu'ils n'auront pas voulu, par l'introduction d'un mot différent de la donation entre-vifs et du testament, briser l'unité et la simplicité de la classification fondamentale des modes de disposer qu'ils avaient admise (art. 893).

Il n'est pas non plus impossible, comme le pense M. Bonnet, qu'ils aient eu l'intention de faire entendre que la donation des biens à venir n'est pas seulement le don de l'universalité héréditaire, en tout ou en partie, et qu'elle peut aussi comprendre des objets particuliers (t. I, nos 230, 296 et 297; comp. *infra*, n° 280).

Quoi qu'il en soit, il importe de reconnaître que la donation de biens à venir procède, dans notre Code, de l'institution contractuelle, et que si elle doit être, avant tout, interprétée d'après les textes nouveaux, il faudra souvent aussi recourir aux principes qui régissaient cet ancien mode de disposer.

Telle était sans doute la pensée de M. Jaubert, lorsqu'il disait que : « les institutions contractuelles continueront d'être autorisées en faveur du mariage. » (Rapport au tribunat, du 9 floréal an XII).

274. — Deux points principaux seront, sur cette matière, l'objet de notre étude, à savoir :

I. Quelles sont les conditions de validité de la donation de biens à venir; et en quels termes elle peut être faite;

II. Quels en sont les effets.

275. — I. Les conditions de validité de la donation de biens à venir se rapportent :

a. — A la forme de l'acte, par lequel elle peut avoir lieu ;

b. — Aux biens qu'elle peut comprendre ;

c. — Aux personnes par lesquelles et au profit desquelles elle peut être faite.

276. — *a.* Que la donation de biens à venir ne puisse être faite que par un contrat de mariage ou par un acte qui se réfère à un contrat de mariage antérieur, conformément aux articles 1396, 1397, c'est là un point qui est déjà bien entendu (*supra*, nos 258 et 271).

Et nous n'aurions plus à nous y arrêter, si des jurisconsultes d'une autorité considérable n'avaient pas, au contraire, avancé qu'elle peut être faite par tout acte authentique antérieur au mariage, pourvu qu'elle soit faite en faveur du mariage (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 3, n° 2, et *Quest. de Droit*, v° *Remploi*, § 4 ; Toullier, t. III, n° 830 ; Grenier, t. III, n° 426 ; Vazeille, art. 1082, n° 2 ; Guilhon, n° 992 ; Favard, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, n° 7).

Mais cette doctrine nous paraît contraire soit au texte même de l'article 1082, soit aux traditions historiques (*supra*, n° 271).

Ajoutons que la donation de biens à venir n'est pas seulement une dérogation à l'article 943, qui ne permet de donner entre-vifs que les biens présents, mais qu'elle déroge aussi à l'article 791, qui défend toute espèce de pacte sur les successions non ouvertes ; et que, sous ce double rapport, elle ne saurait sortir du cercle où la loi l'a renfermée ; or, la loi ne l'autorise que dans le contrat de mariage (comp. Nîmes, 8 janv. 1850, Descamps, Dev., 1850, II, 91 ; Bonnet, t. I, nos 250, 260).

277. — La donation de biens à venir est-elle soumise, quant aux immeubles, à la nécessité de la transcription, conformément à l'article 939 ?

Et quant aux meubles, à la nécessité d'un état estimatif, conformément à l'article 948 ?

Cette double question est, en général, résolue par la négative ; et avec raison, suivant nous.

Nous devons ajouter, toutefois, que cette doctrine, en ce qui concerne la transcription, a été combattue par plusieurs jurisconsultes (comp. Mourlon, *De la Transcription*, t. II, nº 1117 ; Bonnet, t. II, nºs 686 à 691 ; Flandin, *De la Transcription*, t. I, nº 701).

C'est ainsi que M. Bonnet, tout en admettant que l'article 948 n'est pas applicable, et que l'état estimatif du mobilier n'est pas nécessaire, enseigne qu'il en est autrement de l'article 939, et que la transcription est requise pour les donations de biens à venir, comme pour les donations entre-vifs ordinaires.

Le savant auteur invoque :

1º L'autorité de l'ancien droit, sous l'empire duquel l'institution contractuelle était, dit-il, soumise à la nécessité de l'insinuation (comp. art. 19 et 20 de l'Ordonn. de 1731) ;

2º L'article 947, qui, en déclarant que *les quatre articles précédents* (943 à 946) ne s'appliquent pas à la donation de biens à venir, implique virtuellement que les autres articles, et notamment l'article 939, s'y appliquent ;

3º Les motifs qui ont fait établir la formalité de la transcription, et qui ne permettent pas de distinguer entre la donation entre-vifs ordinaire et la donation de biens à venir ; on peut soutenir, sans doute, que, aux termes de l'article 941, le défaut de transcription d'une donation entre-vifs ordinaire ne peut pas être opposé au donataire antérieur par un donataire postérieur ; et dans ce système, la transcription de la donation de biens à venir ne sera pas nécessaire ; car elle ne servirait à personne : ni aux donataires, puisqu'elle ne serait pas faite dans leur intérêt ; ni aux acquéreurs à titre onéreux, puisque le donateur peut aliéner à ce titre, nonobstant la donation ; mais si l'on pense qu'un donataire entre-vifs postérieur peut opposer le défaut de transcription à un do-

nataire antérieur, il n'y a plus de raison pour distinguer entre la donation entre-vifs ordinaire et la donation de biens à venir (t. II, nos 686 à 691).

Quoique notre opinion soit aussi qu'un donataire postérieur peut opposer le défaut de transcription à un donataire antérieur (*voy.* le tome III, nos 297-299), nous n'en croyons pas moins que la donation de biens à venir n'est pas soumise à la nécessité de la transcription :

1° Et d'abord, quant à l'argument, qui est déduit de l'article 947, s'il était fondé, il s'appliquerait à l'article 948, qui le suit immédiatement, tout autant certes qu'à l'article 939 ; or, pourtant, on reconnaît que l'article 948 n'est pas applicable aux donations de biens à venir, et que l'état estimatif du mobilier n'y est pas nécessaire !

C'est que, effectivement, quoique les donations par contrat de mariage appartiennent, par leur genre, aux donations entre-vifs, elles n'en suivent les règles, qu'autant que leur caractère particulier en comporte l'application ; et c'est bien là ce qui résulte de l'article 1081, qui, en déclarant applicables à la donation de biens présents, les règles générales de la donation entre-vifs, implique par cela même, qu'il n'en est pas complétement ainsi de la donation de biens à venir.

Or, précisément le caractère particulier de cette espèce de donation devait la faire affranchir de la nécessité de la transcription.

2° On se récrie en citant l'exemple de l'ancien droit !

Nous répondons que cette thèse a toujours été, même dans l'ancien droit, le sujet de vives controverses.

L'insinuation de l'institution contractuelle y était-elle nécessaire ? (Comp. Guy-Coquille, art. 12 de la cout. de Nivernais.)

En cas d'affirmative, suffisait-il d'accomplir cette formalité, lors de la confection du contrat de mariage, quant aux biens alors appartenant au donateur ?

Ou fallait-il la renouveler, quant aux biens qu'il acquérait ensuite, et autant de fois qu'il en acquérait?

Plusieurs tenaient pour le premier parti (comp. Furgole, sur l'art. 23 de l'Ordonn. de 1731 ; Baquet, *des Droits de justice*, chap. XVI, n° 284);

Mais le second parti avait aussi ses défenseurs; Louet cite même deux arrêts des 12 août 1600 et 30 mars 1620, qui l'avaient consacré (sur Brodeau, lettre A, n° 10).

C'est également à ce dernier parti que se range, sous notre droit moderne, M. Bonnet, qui pense que « *la transcription devra se renouveler, lors de chaque nouvelle acquisition, à la conservation des hypothèques de la situation des biens* » (T. II, n° 689);

Tout en convenant, d'ailleurs, qu'il y aura là *une source d'embarras !* (N° 689.)

3° Oh ! certainement oui; et voilà pourquoi le législateur n'a pas plus exigé, en effet, pour cette espèce de donation, la transcription de l'article 939, que l'état du mobilier de l'article 948.

D'une part, la transcription implique l'idée d'un acte actuellement translatif de la propriété d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier (art. 939; art. 1 de la loi du 23 mars 1855); or, la donation de biens à venir ne transmet actuellement aucun droit réel au donataire;

D'autre part, la transcription n'est applicable qu'aux mutations qui s'opèrent entre-vifs; et elle ne concerne pas celles qui s'opèrent après décès, soit par la vocation de la loi, soit par la vocation de l'homme;

Or, la donation des biens à venir n'est translative de propriété qu'à l'époque du décès de donateur;

Donc, à ce double point de vue, elle ne rentre pas dans le système général de la transcription, soit d'après le Code Napoléon, soit d'après la loi du 23 mars 1855 (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 257; Paris, 2 janv. 1827, Sirey, 1829, II, 215; Cass., 4 février 1867, Brisebois, Dev. 1867, I, 121; Delvincourt, t. II,

p. 111, note 1; Grenier, t. III, n° 430; Toullier, t. III, n° 845; Duranton, t. VIII, n° 411 et t. IX, n° 707; Poujol, art. 939, n° 45; Coin-Delisle, art. 939, n° 16, et 948, n° 13; Troplong, t. IV, n° 2372; Pont, *Revue crit. de jurisprud.*, 1854, p. 157; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 252).

278. — Que le même contrat de mariage puisse renfermer plusieurs donations de biens à venir faites, conjointement ou séparément, par diverses personnes, cela est incontestable.

Mais l'article 968 dispose qu'un testament ne peut pas être fait, dans le même acte, par deux ou plusieurs personnes!

Oui, un *testament;* mais il s'agit ici d'une *donation*, qui, une fois faite, ne peut être révoquée par le donateur.

Or, l'article 968 n'est fondé que sur le principe de la révocabilité des testaments.

C'est donc ici le caractère de la donation entre-vifs, qui prédomine dans la donation des biens à venir.

Et l'article 1093 en fournit une preuve textuelle, puisqu'il autorise les futurs époux à se faire une donation de biens à venir *réciproque*, dans leur contrat de mariage (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 33, et le tome IV, n° 12; Delvincourt, t. II, p. 422; Duranton, t. IX, n° 675; de Fréminville sur Grenier, t. III, n° 431 *bis*, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 252; Bonnet, t. I, n° 263).

279. — *b.* La donation de biens à venir peut comprendre *tout ou partie des biens*, que le donateur *laissera à son décès* (art. 1082);

C'est-à-dire soit l'universalité, soit une quote-part de l'universalité de la succession;

Soit tous les immeubles ou tous les meubles, ou une quotité fixe des immeubles ou des meubles;

Soit enfin des biens héréditaires individuellement désignés, des corps certains ou des quantités; comme par

exemple, telle maison, tels chevaux, telle créance sur un tiers ou une telle somme à prendre dans la succession.

280. — Cette dernière déduction, toutefois, a été contestée; et plusieurs jurisconsultes enseignent que la donation de biens à venir ne peut pas avoir pour objet des biens considérés à titre particulier, mais qu'elle doit être nécessairement universelle ou à titre universel (comp. Delvincourt, t. II, p. 421-422; Duranton, t. IX, nº 576; Poujol, art. 1082, nº 2).

Il est vrai que les anciennes dénominations *d'institution contractuelle, d'héritier institué*, semblent favoriser cetté idée (*voy.* toutefois *supra*, nº 273); et nous reconnaissons aussi que, le plus ordinairement, la donation de biens à venir est faite à titre universel.

Mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse pas être faite à titre particulier; et une telle conclusion serait contraire au texte et aux principes.

Ces mots de l'article 1082 : *tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès*, comprennent, en effet, non-seulement l'universalité ou une quote-part de l'universalité, mais encore chacun des biens, individuellement considérés, qui composent la succession; tel est le sens juridique, ainsi qu'il est constaté par les articles 895, 1048 et 1049; et on peut ajouter à l'article 895 les articles 1009, 1010 et 1014, qui admettent le legs universel, le legs à titre universel et le legs à titre particulier.

C'est que, en effet, sous le rapport des biens qui peuvent en être l'objet, les principes exigent que la donation de biens à venir soit assimilée au testament, et que les mêmes règles, qui sont applicables aux legs, lui soient aussi applicables; où serait, quant aux biens qu'elle peut comprendre, le motif de différence? ne se confond-elle pas, au contraire, sous ce rapport, avec le testament, puisqu'elle a, comme le testament, pour objet *tout ou partie des biens* que le disposant *laissera à l'époque de son décès?* (Comp. art. 895 et 1082.)

Quel serait donc, dans le système contraire, le sort d'une donation de biens à venir, qui s'appliquerait à des objets déterminés?

Ce serait *un legs irrévocable,* répond Delvincourt.

Ce serait une donation *de la nue propriété, avec réserve d'usufruit,* répond Duranton.

Comme si un *legs* pouvait être jamais irrévocable!

Comme si ce n'était pas violer la volonté du donateur, que de convertir la donation de biens à venir qu'il a faite en une donation de biens présents!

Concluons donc que ce sera là, en effet, une donation de biens à venir (comp. Cass., 1er mars 1831, de Vendel, Sirey, 1831, I, 234; Cass., 15 juillet 1835, de Villequier, Dev., 1836, I, 153; Coin-Delisle, art. 1082, nos 15-16; Troplong, t. IV, n° 2364; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 321; Aubry et Rau, t. VI, p. 250; Colmet de Santerre, t. IV, n° 254 *bis*, II; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1887; Bonnet, t. I, nos 296-305).

281. — C'est précisément parce que la donation de biens à venir doit être assimilée au legs, en ce qui concerne les biens qu'elle peut avoir pour objet, qu'il y faut appliquer la cause de caducité qui est écrite dans l'article 1042 et qui résulte de la perte totale de la chose.

Paul vous a donné, par votre contrat de mariage, tel immeuble déterminé, ou même tous les immeubles, qu'il laissera au jour de son décès.

Et puis, il a aliéné cet immeuble ou tous ses immeubles; de sorte qu'au jour de son décès, on ne trouve dans sa succession que des valeurs mobilières.

Il faut répondre que cette donation de biens à venir est caduque, et que le droit du donataire ne peut pas, plus que ne le pourrait le droit d'un légataire, se reporter sur ces valeurs, lors même qu'il serait constaté qu'elles représentent le prix des immeubles ou même que ce prix serait encore dû! (Comp. le t. V de ce *Traité*, n° 342; Bordeaux, 26 mai 1830, Dev. 1830, II, 248; Cass.,

23 mars 1841, Celles, Dev., 1841, I, 298; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 250.)

282. — *c*. La donation de biens à venir peut être faite soit par les père et mère ou autres ascendants des époux, soit par leurs parents collatéraux, soit même par des étrangers qui ne tiennent aux époux par aucune relation de parenté (art. 1082);

C'est-à-dire, finalement, qu'elle peut être faite par toute personne, quelle qu'elle soit, qui pourrait faire aux époux ou à l'un d'eux une donation entre-vifs ordinaire.

283. — Nous disons : par toute personne, qui pourrait faire aux époux une donation entre-vifs ordinaire.

Et nous tranchons ainsi la question de savoir si la capacité requise pour faire une donation de biens à venir est celle de disposer par donation entre-vifs, ou celle, au contraire, de disposer par testament.

On sait les différences considérables qui existent entre l'une et l'autre, et qu'il y a des personnes qui, bien que capables de faire un testament, sont incapables de faire une donation entre-vifs.

Tels sont notamment :

1° Le mineur âgé de plus de seize ans (art. 903, 904);

2° La femme mariée, qui ne peut pas donner entre-vifs sans l'autorisation de son mari, et qui peut tester sans aucune autorisation (art. 226, 905);

3° L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui peut tester sans l'assistance de son conseil, mais auquel cette assistance est nécessaire pour donner entre-vifs (art. 499 et 513); il en serait ainsi de l'interdit, dans l'opinion de ceux qui pensent que la même doctrine lui est applicable (*voy.* notre *Traité de la Minorité, de l'Interdiction*, t. II, n° 647).

Eh bien! donc, en ce qui concerne ces personnes, est-ce la capacité de faire une donation entre-vifs qu'il faut exiger?

Ou faut-il, au contraire, se contenter de la capacité de faire un testament?

Le doute vient de ce que la donation de biens à venir, placée sur l'extrême limite entre la donation entre-vifs et le testament, emprunte tout à la fois les principes, si opposés pourtant, de l'un et de l'autre; et c'est bien ce mélange, qui a fait d'elle un genre de disposition mixte et équivoque, dont Furgole a pu dire, en parlant de l'institution contractuelle, qu'il était *amphibie!*

D'où il résulte, en effet, que suivant les différentes applications dont il est susceptible, il faut faire prévaloir tantôt le caractère de la donation entre-vifs, tantôt le caractère du testament.

Et voilà comment, après avoir tout à l'heure décidé que, sous le rapport des biens qu'elle peut avoir pour objet, la donation de biens à venir doit être assimilée au testament, nous décidons maintenant qu'elle doit être assimilée à la donation entre-vifs, sous le rapport de la capacité des personnes qui peuvent la consentir :

1° En effet, tous nos textes (1082, 1083, 1089) qualifient ce genre de disposition du nom de *donation;* d'où la conséquence qu'il doit être interdit aux personnes auxquelles la loi permet seulement de *disposer par testament* (*voy.* notamment l'article 904);

2° Et cela est très-rationnel.

Si la loi a permis à certaines personnes de faire un testament, tout en leur défendant de faire une donation entre-vifs, c'est que le testament, à la différence de la donation entre-vifs, est toujours révocable et qu'il n'a d'effet qu'après la mort du testateur;

Or, la donation de biens à venir est, au contraire, irrévocable; et elle a un effet très-important, du vivant même du donateur, puisque, si elle se réalise, il n'aura pas pu, de son vivant, disposer à titre gratuit des biens, qui y étaient compris;

Donc, c'est le caractère de la donation entre-vifs, qui

doit ici prévaloir; car les mêmes motifs de prévoyance et de protection, qui ont fait interdire les donations entre-vifs à ces personnes, doivent leur faire interdire également la donation de biens à venir (comp. Furgole sur l'art. 17 de l'Ordonn. de 1731; Merlin, Répert., v° *Instit. contract.*, § 4, n° 2; Grenier, t. III, n° 431 *bis* (*voy.* pourtant le n° 431); de Fréminville, *h. l.*, note *a;* Delvincourt, t. II, p. 422; Duranton, t. IX, n°s 723 et 725; Coin-Delisle, art. 1082, n° 10; Troplong, t. IV, n° 2368; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 253; Colmet de Santerre, t. IV, n° 253 *bis*, I; Bonnet, t. II, n°s 322, 323).

284. — Voilà aussi pourquoi la femme mariée sous le régime dotal ne peut pas, suivant nous, disposer de ses biens dotaux par donation de biens à venir, au profit d'autres personnes que de ses enfants.

Il est vrai que cette solution est très-controversée, et que des autorités considérables, dans la doctrine et dans la jurisprudence, tiennent pour le parti contraire (comp. Grenoble, 11 juin 1851, Mollard, Dev., 1852, II, 227; Rouen, 18 nov. 1854, Fauvel, Dev., 1855, II, 547; Nîmes, 1er févr. 1867, Blancard, Dev., 1867, II, 136; Delvincourt, t. II, p. 423; Duranton, t. IX, n° 724; Grenier, t. III, n° 431; Vazeille, art. 1082, n° 16; Tessier, *De la Dot*, t. I, n° 507; Cubain, *Des Droits des femmes*, n° 364; Troplong, *Des Donations*, t. IV, n° 2371; et *Du Contrat de mariage*, t. IV, n° 3272; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 332; Casanova, *Traité des Dispositions entre époux*, p. 22, n° 8).

Nous n'en croyons pas moins, toutefois, devoir maintenir notre doctrine:

1° Le principal argument que l'on oppose, est déduit de l'ancienne jurisprudence, sous l'empire de laquelle, en effet, il paraît bien qu'il était admis que la femme dotale pouvait faire une institution contractuelle (comp. notamment Chabrol, sur la cout. d'Auvergne, art. 37, qui cite, en ce sens, trois arrêts du Parlement de Paris

des 22 août 1645, 22 juin 1651 et 6 mars 1728; Roussilhe, *De la dot*, t. I, n° 394).

Mais nous répondons que c'est d'après les textes de notre Code, que la question doit être aujourd'hui résolue; or, c'est la solution contraire, qui nous paraît résulter de ces textes mêmes; et nous ajoutons que, à notre avis, cette solution du droit nouveau est meilleure que celle de l'ancien droit, plus logique et plus prévoyante!

2° En effet, aux termes de l'article 1554, les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf, dit cet article, les exceptions qui suivent;

Or, la donation de biens à venir renferme une aliénation; et elle ne se trouve pas dans les exceptions faites à l'article 1554 par les articles suivants;

Donc, elle ne peut pas comprendre les immeubles dotaux.

On répond que « *l'institution contractuelle laisse à la* « *femme le droit de disposer à titre onéreux; qu'elle lui en-* « *lève uniquement le droit de disposer de ses biens à titre* « *gratuit; faculté qui ne rentre, en aucune façon, dans l'em-* « *ploi de la dot, et ne met aucun obstacle à sa destination* « *pendant le mariage.* » (Arrêt précité de la Cour de Grenoble.)

Mais vraiment, cela est tout à fait inexact! et il nous est impossible de ne pas croire à la défaite prochaine d'une doctrine, qui fournit de telles armes à ses adversaires.

D'abord, puisque *l'institution contractuelle enlève à la femme le droit de disposer à titre gratuit*, elle emporte donc l'aliénation de cet attribut de la propriété dotale; or, aucun attribut de la propriété ne peut être aliéné pendant le mariage; l'article 1554 est, à cet égard, formel et absolu!

Et puis, n'est-ce donc rien que le droit de disposer à titre gratuit? mais c'est l'une des plus importantes pré-

rogatives de la propriété, l'une de celles qu'il importe le plus, en effet, de conserver à la femme dotale!

Comment! on avance que la faculté de disposer à titre gratuit *ne rentre pas dans l'emploi de la dot et ne crée aucun obstacle à sa destination pendant le mariage.*

Mais c'est tout le contraire!

La destination de la dot, ce n'est pas seulement la nourriture et l'entretien des enfants; c'est aussi leur établissement (art. 1555-1556);

Or, la femme, après avoir disposé de ses biens dotaux au profit d'un étranger par voie d'institution contractuelle, ne pourrait plus les donner à ses enfants, même pour leur établissement;

Donc, la destination de la dot serait profondément intervertie par une telle disposition.

La femme dotale peut *tester* de ses biens dotaux!

Sans doute; mais le *testament* n'est pas la *donation!* et parmi les jurisconsultes dissidents, dont nous combattons la doctrine, il en est deux qui nous semblent avoir commis une contradiction singulière!

Delvincourt et Duranton (*loc. supra cit.*) ne permettent, en effet, à la femme dotale de disposer par voie d'institution contractuelle, que sous la condition qu'elle y sera autorisée par son mari ou par justice!

Mais de deux choses l'une :

Ou l'institution contractuelle constitue, relativement aux biens dotaux, une disposition testamentaire; et alors, la femme mariée, sous quelque régime que ce soit, n'a besoin, pour la faire, d'aucune autorisation (art. 226);

Ou elle constitue une disposition entre-vifs; et alors, aucune autorisation ni du mari ni de justice, ne peut habiliter la femme dotale à la faire; car tel est le caractère du régime dotal, que l'inaliénabilité, dont il frappe les biens dotaux, ne peut être levée par aucune autorisation, en dehors des cas d'exceptions déterminés par la loi.

Ajoutons, enfin, que cette doctrine est encore con-

traire, sous un autre rapport, à la pensée essentielle du régime dotal, dont le but est de protéger la femme contre les abus de l'autorité maritale; que penserait-on d'une institution contractuelle qu'une femme dotale aurait consentie de ses biens dotaux, au profit d'un parent de son mari; et cela, au détriment peut-être d'un enfant qu'elle aurait eu du mariage en faveur duquel la constitution de dot avait été faite!

Nous croyons, pour notre part, qu'il faudrait la déclarer nulle; et nous n'y aurions pas d'hésitation. (Comp. Nîmes, 18 février 1834, Auquier, D., 1834, II, 230; et Dev., 1834, II, 276; Caen, 16 août 1842, Cusson, Dev., 1843, II, 74; Caen, 28 mars 1843, Delaunay, Dev., 1849, II, 703; Agen, 28 janvier 1856, Ragot-Goynard, Dev., 1856, II, 201; Agen, 6 nov. 1867, Bonnet, Dev., 1868, II, 73; *Revue crit. de Jurisprud.*, t. I, p. 415-420, et t. III, p. 146; Odier, *Du Contr. de mar.*, n° 1248; Rodière et Pont, id., t. II, p. 491; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Contr. de mar.*, n° 3466; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 250-254; Bonnet, t. II, p. 331-332.)

285. — Si la donation de biens à venir peut être faite indistinctement par toute personne, il n'en est pas ainsi des personnes, au profit desquelles elle peut être faite; et le cercle en est, au contraire, limitativement circonscrit par la loi.

Tel est, en effet, le sens de l'article 1082, qui porte que la donation de biens à venir peut avoir lieu tant au profit des époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, pour le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire;

Au profit des époux, c'est-à-dire soit au profit des deux époux séparément ou conjointement, soit au profit de l'un d'eux isolément.

C'est au donateur de s'expliquer clairement; et rien n'est plus simple!

Pourtant, on se sert, quelquefois, dans les contrats de

mariage, d'expressions équivoques, et qui peuvent soulever des difficultés.

Le donateur, par exemple, a déclaré donner *aux époux* ses biens à venir.

Aux époux! est-ce à tous les deux collectivement? est-ce seulement à l'un d'eux?

On avait autrefois proposé cette distinction :

Le donateur était-il un étranger? on décidait qu'il avait voulu, en effet, instituer les deux époux par égales portions.

Mais, au contraire, si le donateur était un parent de l'un des époux, l'institution était attribuée exclusivement à cet époux, en considération duquel elle était présumée avoir été faite. Bien plus! quand un parent, à la succession duquel *la future épouse* devait être appelée, déclarait instituer *le futur époux,* on décidait que celui-ci n'avait été institué qu'en considération de la future et en son nom, et que c'était la future, qui devait être considérée comme la véritable instituée (comp. cout. d'Anjou, art. 333; Cambolas, liv. VI, chap. XXIII, arrêt du 2 juin 1631 ; Catellan, liv. IV, chap. L; Lebrun, *Des Successions*, liv. III, chap. VI, sect. 2, nos 9-10).

Mais cette interprétation, si favorable qu'elle puisse paraître, ne s'écarte-t-elle pas évidemment des termes mêmes de la donation?

Nous le croyons ainsi, et qu'il faudrait, en effet, déclarer alors, s'il n'y avait aucun autre élément d'interprétation, que l'institution a été faite au profit de l'un et de l'autre époux. (Comp. Coin-Delisle, art. 1082, n° 26.)

286. — Quant aux enfants à naître du mariage, la loi permet au donateur de les comprendre dans sa donation.

Et bien plus encore! elle présume, de plein droit, qu'il les y a compris, lors même qu'il ne s'en serait pas expliqué.

Telle était l'ancienne doctrine, qu'Auroux des Pom-

miers explique très-bien sur l'article 219 de la coutume d'Auvergne :

« Car, dit-il, entrant dans l'intention de celui qui a fait une institution contractuelle, on trouvera que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint, qu'il institue, mais encore ses enfants, et de les préférer à tous ses parents, et que l'autre conjoint, qui s'est marié en considération de cet avantage, a compté que, en tous cas, ses enfants en profiteraient; ce qui fait qu'on regarde les enfants comme substitués, et qu'on a établi, parmi nous, que toute institution contractuelle comprendrait une substitution tacite et vulgaire au profit des enfants de l'institué.... »

287. — Voilà, en effet, le vrai caractère de la vocation des enfants à naître : une substitution vulgaire tacite.

Et il était généralement reconnu comme tel dans notre ancienne jurisprudence ; quoique pourtant Guy-Coquille l'ait apprécié d'une autre manière, en disant que *ces institutions d'héritier en faveur des mariés étant conventionnelles, l'espérance de succéder est transmise aux enfants du même mariage* (sur la cout. de Nivernais, art. 12, *des Donations*).

Mais cette idée de transmission, que d'autres encore avaient admise, et dont nous trouverons la trace dans l'article 1086, était tout à fait inexacte! Est-ce que l'époux donataire, qui meurt avant le donateur, peut rien transmettre, puisque son prédécès rend, quant à lui, la donation caduque! (Art. 1089.)

Il faut donc reconnaître que les enfants à naître du mariage sont personnellement donataires, en vertu d'une substitution vulgaire, soit expresse, quand le donateur s'en est expliqué, soit tacite, quand il n'a rien dit.

Et, même ainsi expliquée, leur vocation est encroe certes une dérogation au principe essentiel consacré par l'article 906, que le donataire doit être conçu au moment de la donation (comp. *supra*, n° 267).

Quoi qu'il en soit, ce qui en résulte certainement, c'est que l'instituant est lié envers les enfants à naître, tout autant qu'envers l'époux lui-même ; car ils sont institués comme l'époux ; et, en conséquence, l'instituant ne pourra pas, même d'accord avec l'institué, détruire le droit éventuel des enfants (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 442 ; Toulouse, 3 juin 1825, Dev. et Carr., VIII, 2, 83 ; Merlin, Répert., v° *Instit. const.*, § XIII, n° 5, 6 ; Duranton, t. IX, n° 688 ; Troplong, t. IV, n° 2357).

288. — Le donateur pourrait-il exclure du bénéfice de sa donation les enfants à naître du mariage?

Certainement oui! suivant nous, malgré le dissentiment de Coin-Delisle (art. 1082, n°s 29-35), et de M. de Fréminville (sur Grenier, t. III, n° 415, note *a*).

Car l'article 1082 n'établit qu'une simple présomption de volonté, susceptible d'être détruite par la manifestation de la volonté contraire du donateur, qui est bien libre, en effet, de restreindre sa donation et de ne la faire qu'aux époux (comp. Delvincourt, t. II, p. 110, note 12 ; Duranton, t. IX, n° 677 ; Vazeille, art. 1082, n° 5 ; Poujol, art. 1082, n° 3 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 323).

289. — Mais le donateur pourrait-il, au contraire, exclure les époux et ne donner qu'aux enfants à naître?

Certainement non ! et une telle disposition serait nulle, soit d'après le texte de l'article 1082, qui autorise seulement à donner les biens à venir *tant aux époux qu'aux enfants* ; soit d'après les principes qui ne sauraient admettre qu'une donation soit faite, *omisso medio*, *per saltum*, exclusivement à des enfants qui ne sont pas conçus ! (Comp. *supra*, n° 267.)

L'article 1082, en tant qu'il autorise une telle donation, constitue une dérogation exorbitante à un principe fondamental ; dérogation qui doit être rigoureusement renfermée dans les termes mêmes de la loi.

290. — Voilà pourquoi le donateur ne pourrait pas non plus, suivant nous, donner seulement à quelques-

uns des enfants à naître, en excluant les autres (arg. de l'article 1050);

Pas plus qu'il ne pourrait, même en les comprenant tous dans sa donation, leur assigner des parts inégales.

De savants jurisconsultes ont écrit, il est vrai, que « rien n'empêche que l'instituant se réserve, pour le cas du prédécès de l'institué, la faculté de distribuer inégalement, entre les enfants de ce dernier, l'objet de l'institution, et même celle de l'attribuer exclusivement à quelques-uns d'entre eux. »

Mais remarquons qu'ils ajoutent que cette double réserve a uniquement pour objet de restreindre aux époux institués, à l'exclusion de leurs enfants, le bénéfice de l'institution (Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. VI, p. 257).

Et, dans ces termes-là, nous le croyons ainsi.

C'est que, en effet, cette hypothèse est différente de celle que nous venons de supposer; il n'y a pas alors une *disposition actuelle*, par laquelle quelques-uns seulement des enfants à naître seraient institués, ou qui répartirait inegalement entre eux le bénéfice de l'institution.

Il n'y a qu'une réserve de la faculté de disposer ainsi plus tard, quand les enfants seront nés ; réserve inutile, à vrai dire, qui ne constitue pas dès lors une extension illégale de la faculté de disposer au profit des enfants à naître (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § XII, n° 10; Delvincourt, t. II, p. 426; Duranton, t. IX, n° 692; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 323; Saintespès-Lescot, t. III, n° 1900; Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis*, III; *voy.* toutefois, Grenier, t. III, n° 416).

291. — Mais revenons à notre hypothèse.

Le donateur ne s'est pas seulement réservé la faculté de disposer, plus tard, comme il l'entendra, également ou inégalement, au profit de tous ou de quelques-uns des enfants à naître.

C'est dès actuellement qu'il a disposé ainsi, soit au

profit de quelques-uns d'eux seulement, soit en faisant à chacun d'eux des parts inégales.

Quel sera le sort de cette disposition ?

S'il a exclu quelques-uns des enfants, faudra-t-il exclure même ceux qu'il a appelés ; ou, au contraire, appeler ceux mêmes qu'il a exclus ?

Et, dans le cas où il y aurait des parts inégales, faudra-t-il exclure tous les enfants, ou, au contraire, les appeler tous avec des parts égales ?

C'est, dans l'un et dans l'autre cas, le dernier parti qui nous paraîtrait le meilleur.

La substitution vulgaire des enfants à naître, telle que le donateur l'a faite, est alors, en effet, à considérer comme non avenue ;

Or, si elle est non avenue, on rentre purement et simplement sous l'empire de l'article 1082, qui suppose, de plein droit, une substitution vulgaire tacite au profit de tous les enfants par égales parts.

Cette conclusion, qui est logique, nous paraît aussi la plus conforme à l'intention vraisemblable du donateur, qui n'a pas déclaré exclure tous les enfants ; or, c'est à ce résultat qu'il faudrait en venir, si on écartait, dans ce cas, l'application de l'article 1082 (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 258 ; Massé et Vergé, t. III, p. 323).

292. — Sous cette dénomination d'*enfants à naître du mariage*, il faut d'ailleurs comprendre les enfants déjà nés, qui seraient légitimés par le mariage, en faveur duquel la donation serait faite (arg. de l'art. 333) ;

Comme aussi les petits-enfants, et, plus généralement, *la postérité* issue de ce mariage (arg. de l'art. 1089 ; comp. *infra*, n° 327).

De la postérité, dit notre texte ; d'où il faut conclure que l'enfant adoptif du donataire n'y serait pas compris ; conclusion, d'ailleurs, conforme aussi à la volonté vraisemblable du donateur (comp. le tome III de ce *Traité*,

n° 750 ; Duranton, t. IX, n° 749 ; Troplong, t. IV, n° 2490).

293. — De ce qui précède, il résulte que la donation de biens à venir ne peut être faite au profit d'aucune autre personne que des époux et des enfants à naître du mariage.

C'est ainsi qu'elle ne saurait profiter à des enfants que l'un ou l'autre des époux aurait eus d'un mariage antérieur ou qu'il pourrait avoir d'un mariage postérieur.

Cela nous paraît certain (*voy.* art. 1082-1089), malgré le dissentiment de certains auteurs, dans notre ancien droit, dont les uns accordaient le bénéfice de la donation aux enfants d'un second mariage, si le premier, en faveur duquel la donation avait été faite, avait été stérile (Chabrol, sur la cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 17), et dont les autres distinguaient si la donation avait été faite à l'époux donataire par son ascendant ou par tout autre donateur ; pour en refuser, dans le second cas, le bénéfice aux enfants d'un subséquent mariage, et le leur accorder, au contraire, dans le premier cas, par ce motif que ces enfants, quoique issus d'un autre mariage, étaient les petits-enfants du donateur (Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. II, n° 12). — Il est vrai ! mais ce n'est pas en faveur du mariage, dont ils sont issus, que leur ascendant a fait la donation ; et il se peut qu'il n'eût pas voulu la faire en faveur de ce mariage, qui peut-être a désolé son cœur et trompé ses espérances ! Aussi, cette thèse nous paraît-elle inacceptable, quoique la Cour de Bourges l'ait encore admise dans notre droit nouveau (19 déc. 1821, Dev. et Carr., VI, II, 502).

Pareillement, la donation de biens à venir ne pourrait être faite au profit des frères et sœurs des futurs époux ou de l'un d'eux (*supra*, n° 262).

Voilà un père, par exemple, qui en donnant par contrat de mariage à sa fille, qui se marie, la moitié de ses biens

à venir, en donne, par le même contrat, la seconde moitié à son fils qui ne se marie pas.

Il faut tenir pour nulle la donation faite au fils ! (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Institut. contract.*, § V, n° 2; Grenier, t. III, n°s 420-421 ; Toullier, t. III, n°s 841-842 ; Troplong, t. IV, n° 2337.)

294. — Telle est la conséquence du principe, qui fait la base de cette matière ; et c'est bien ce que notre ancien droit avait aussi reconnu.

Mais, pourtant, il avait admis un moyen facile de s'y soustraire ; c'était *la clause d'association.*

« Si un père, dit Auroux des Pommiers, mairie son fils aîné, et qu'en le mariant, il l'institue son universel héritier, *à la charge d'associer ses frères et sœurs pour une certaine portion de l'institution ;* en ce cas, cette substitution fidéicommissaire vaudra, au profit des frères et sœurs, comme une condition de l'institution dont elle fait partie ; et les frères et sœurs prendront leur part et portion de la main de leur frère aîné, héritier institué, sans qu'il puisse la leur refuser ; car l'association étant une charge de l'institution, dont elle fait partie, le frère aîné institué est dans la nécessité ou de renoncer à l'institution ou de consentir à l'association. » (Sur l'art. CCXXIV de la cout. de Bourbonnais ; ajout. Bergier sur Ricard, *des Substitutions,* chap. VII, n° 325 ; Chabrol, cout. d'Auvergne, t. II, p. 326; Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. III, n° 2.)

Une telle clause serait-elle encore valable?

Merlin a enseigné l'affirmative, en se fondant principalement sur l'article 1121 (*Répert.*, v° *Inst. contract.*, § V, n° 9; ajout. Vazeille, art. 1082, n° 11 ; Guilhon, n° 937; Chabot, *Quest. transit.*, v° *Instit. contract.*, § V).

Mais la doctrine contraire a prévalu, et avec raison, suivant nous :

Cette prétendue clause d'association n'est, en effet, qu'un expédient, dont le seul but est d'échapper au prin-

cipe qui ne permet pas de faire une institution contractuelle au profit d'une autre personne que des époux; et nos anciens, tout en qualifiant de *substitution fidéicommissaire, de fidéicommis pur*, sans *trait de temps,* convenaient eux-mêmes, avec une sorte de naïveté, qu'elle avait été *inventée,* pour éluder la défense de la loi (Lebrun, *loc. supra cit.*).

Or, on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement; surtout, on ne peut pas se soustraire à une prohibition du droit public; et c'est bien d'une prohibition de droit public qu'il s'agit, en ce sens que l'institution contractuelle est une dérogation au principe fondamental, et de droit public, en effet, qui ne reconnaît pas d'autres modes de disposer à titre gratuit que la donation entre-vifs et le testament (art. 893, 943).

Donc, une telle clause est illicite (art. 6); et, c'est assez dire qu'elle ne saurait s'abriter sous l'article 1121; car si cet article dispense, en la forme, certaines donations entre-vifs des solennités requises par l'article 931, il ne les dispense pas, au fond, des conditions essentielles de toute donation entre-vifs.

Mais, dit Merlin, la clause d'association constitue une donation à cause de mort!

Voilà précisément pourquoi il faut la déclarer nulle, sous l'empire de notre Code, qui ne reconnaît pas ces sortes de donations! (Comp. Bourges, 19 déc. 1821, Sirey, 1822, II, 110; Riom, 18 mai 1826, cité par Grenier, *infra;* Delvincourt, t. II, p. 263, 264 et 426; Grenier, t. III, n° 423; et de Fréminville, *h. l.* note *a; Dissertation sur la validité ou l'invalidité de la clause d'association*, à la suite du *Traité des Donations;* Duranton, t. IX, n° 694; Rolland de Villargues, *des Substitutions*, n° 183; Coin-Delisle, art. 1082; Troplong, t. IV, n° 2361; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 254, 255; Massé et Vergé, t. III, p. 323; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1904;

Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis*, VII ; Bonnet, t. II, n° 385.)

295. — Mais que deviendra la part de *l'associé,* comme disaient nos anciens, c'est-à-dire du tiers, auquel l'époux institué a été chargé de remettre une part de la succession de l'instituant ?

Accroîtra-t-elle à l'époux institué?

Ou appartiendra-t-elle aux héritiers ab intestat?

On a enseigné qu'elle devait accroître à l'époux.

Cet époux, dit-on, a été institué, d'une manière intégrale, pour la succession tout entière, sous la condition seulement d'y associer un tiers pour une portion ;

Or, cette condition étant illicite, doit être réputée non écrite, aux termes de l'article 900 ;

Donc, l'institution de l'époux, s'en trouvant dégagée, devient pure et simple et demeure intégrale comme elle a été faite.

Telle est la conclusion de Delvincourt (t. II, p. 263, 264); et Merlin (*loc. supra cit.*) soutient qu'elle est, en effet, irrésistible dans le système, qui déclare nulle la clause d'association; aussi en conclut-il, de plus fort, que cette clause est valable, puisqu'on ne pourrait, dit-il, la déclarer nulle qu'en intervertissant complétement les intentions de l'instituant, et en donnant à l'époux l'intégralité de la succession, dont il n'a voulu lui donner qu'une partie !

Si telle devait être, en effet, la conséquence de la nullité de la clause d'association, nous en serions très-ému, d'autant plus que les tiers *associés* sont, le plus souvent, les héritiers ab intestat de l'instituant, comme, par exemple, les frères ou sœurs de l'époux institué; et qu'il adviendrait ainsi que cette institution par laquelle leur auteur voulait leur assurer la part héréditaire que la loi les appelait à recueillir dans sa succession, aurait pour résultat de la leur enlever.

Nous convenons que cette conséquence serait intolérable!

Mais elle n'est, à notre avis, nullement nécessaire; et c'est le même argument, par lequel nous avons démontré que la clause d'association est nulle, qui va démontrer que cette nullité doit profiter aux héritiers ab intestat de l'instituant.

La clause d'association n'est, en effet, avons-nous dit, qu'une fraude dont le but est de faire indirectement une institution contractuelle, que l'on ne pouvait pas faire directement; et dans la vérité du fait, il n'y a pas là une seule institution intégrale, au profit de l'époux, sous la condition d'y associer un tiers; il y a deux institutions distinctes; et chacun des institués, l'époux lui-même aussi bien que l'associé, n'est appelé, d'après l'intention du disposant, qu'à la part, qui devrait lui appartenir, si la disposition était exécutée telle qu'elle a été faite.

Donc, l'article 900 n'est pas applicable, puisqu'il n'y a pas de condition;

Donc, il faut traiter la clause d'association, en ce qui concerne les héritiers ab intestat de l'instituant, comme l'on traiterait l'institution contractuelle, qui aurait été faite directement au profit du tiers.

Il n'en serait autrement que dans le cas où il résulterait des termes de la disposition et des circonstances particulières, comme si *l'associé* était un étranger non parent de l'instituant, que l'institution de l'époux a été faite d'une manière intégrale, à tout événement, et que la charge, qui lui a été imposée d'y faire participer un tiers, n'en est qu'une condition accessoire, qui n'altère pas l'intégralité de sa vocation; cela pourrait être, nous le croyons; mais nous ajoutons que cela est exceptionnel, et qu'une telle interprétation, qui n'est pas conforme à la pensée qui, d'ordinaire, inspire les clauses d'association, ne devrait être admise qu'en grande connaissance de cause! (Comp. Coin-Delisle, art. 1082, n°s 59-63; Troplong, t. IV, n° 2362; Massé et Vergé, t. III, p. 323; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 255, 256; Colmet de San-

terre, t. IV, n°s 255 *bis*, VIII; Bonnet, t. II, n°s 387, 388.)

296. — Telles sont les conditions exigées pour la validité de la donation de biens à venir.

A défaut de ces conditions, la donation serait, suivant les cas, tantôt nulle, tantôt annulable.

Elle serait nulle, et il faudrait la considérer comme non avenue, si elle avait été faite exclusivement au profit des enfants à naître du mariage, sans être faite au profit des époux (art. 906; *supra*, n° 2);

Elle serait annulable, si elle avait été faite : soit par une personne incapable de donner entre-vifs; soit au profit de personnes autres que les futurs époux ou les enfants à naître de leur mariage; soit dans un acte autre qu'un contrat de mariage.

L'action en nullité qui appartiendrait, dans ces différents cas, aux héritiers légitimes du donateur, ne s'ouvrirait, bien entendu, que par sa mort (art. 718).

Et elle durerait trente ans, à compter de cette époque, aux termes de l'article 2262.

Mais pourquoi pas seulement dix ans, aux termes de l'article 1304? (Comp. Cass., 30 nov. 1814, Sirey, 1814 I, 53; Merlin, *Répert.*, v. *Inst. contract.*, § IV, n° 2; Toullier, t. VII, n° 610; Grenier, t. III, n° 431 *bis;* Duranton, t. IX, n° 725; Bonnet, t. I, n° 266.)

C'est que cette action-là, dans la main des héritiers, procède de la loi elle-même, qui leur défère la succession, et qu'elle leur appartient, non pas du chef du défunt, par voie de transmission, mais directement de leur propre chef.

Mais les héritiers ont été représentés par leur auteur, dans les actes qu'il a consentis !

Oui, dans les actes à titre onéreux;

Non pas, dans les actes à titre gratuit, par lesquels il les dépouille des droits que la loi leur confère, et dans lesquels apparemment il ne saurait les représenter !

(Comp. le tome II de ce *Traité*, nº 208; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 259, 260.)

297. — Est-il besoin d'ajouter qu'aucuns termes sacramentels ne sont exigés pour la validité d'une donation de biens à venir.

« La forme de l'institution d'héritier et des donations « de biens à venir, disait Chabrol, consiste uniquement à « l'exprimer en termes intelligibles dans le contrat de « mariage du donataire. » (T. II, p. 323.)

Ce qui est nécessaire et suffisant, c'est que la disposition, quelle qu'en soit la forme, présente, au fond, les caractères constitutifs de la donation de biens à venir (comp. Cass., 29 juin 1842, Mondené, Dev., 1842, I, 693).

298. — L'un de ces caractères, et le plus significatif, se rencontre dans toute disposition qui a pour objet les biens à venir (art. 943, 1082).

Et voilà comment la donation qui porte sur la quotité disponible, en tout ou en partie, ne peut, en effet, valoir que comme institution contractuelle, puisque la quotité disponible ne pouvant être déterminée qu'à l'époque du décès du donateur, la disposition s'applique par cela même aux biens que le donateur laissera à l'époque du décès (comp. Cass., 12 juin 1832, Dev., 1832, I, 755).

299. — Mais voici un père, qui, dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants, lui fait, avec dispense de rapport, la donation d'une somme d'argent ou d'un objet quelconque, en ajoutant que le donataire aura le droit de partager, avec ses autres héritiers ab intestat, le surplus des biens qu'il laissera.

Ou, au contraire, un père fait à l'un de ses enfants une donation sans dispense de rapport; et il ajoute que le donataire, après avoir rapporté l'objet donné, partagera sa succession avec les autres héritiers, dans la proportion de leurs parts héréditaires.

Faut-il voir, dans l'une ou dans l'autre de ces clauses, des institutions contractuelles?

Ni dans l'une, ni dans l'autre!

La première, en effet, n'a évidemment pour but que d'exprimer, de plus en plus, la dispense de rapport, et d'en régler les conséquences (comp. Riom, 8 janv. 1832, Dev., 1833, II, 296; Cass., 10 nov. 1834, Dev., 1835, I, 445; Cass., 3 janv. 1843, Chausson, Dev., 1843, I, 329; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § VI, n° 2).

Et la seconde a le même but, en sens inverse, à savoir : d'exprimer, de plus en plus, l'obligation du rapport et d'en régler les conséquences (comp. Cass., 13 janv. 1814, Sirey, 1814, I, 193; Merlin, *loc. supra cit.*, § VI, n°s 4 *bis* et 8 *bis*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 249).

300. — Ce sont là, d'ailleurs, des questions d'interprétation, qu'il faut, avant tout, subordonner à la formule dont les parties se sont servies dans le contrat de mariage.

Nous ne saurions entreprendre de les résoudre d'avance; d'autant plus que les formules usitées à cet effet, telles *que la promesse de garder succession, la reconnaissance ou déclaration d'héritier*, etc., qui nous ont été transmises par notre ancienne jurisprudence, sont assez variées, et peut-être aussi un peu équivoques.

Il faudra donc consulter non-seulement les termes du contrat de mariage et les circonstances du fait, mais aussi les traditions antérieures, s'il en existe, sur la formule qui aurait été employée.

301. — Il en est une, toutefois, sur laquelle il est nécessaire que nous nous expliquions, parce que, en même temps qu'elle est l'une des plus importantes, elle a toujours paru aussi, dans l'ancien droit et dans le droit nouveau, l'une des plus équivoques peut-être; à ce point que l'on ne s'accorde pas encore sur le caractère qu'il convient de lui reconnaître.

Nous voulons parler de la *promesse d'égalité*, que l'on désigne aussi, quoique moins généralement, sous les noms d'*assurance de part héréditaire* ou de *réserve à succession*.

Quel en est le but ?

Ce premier point est capital ! et quand nous l'aurons bien marqué, il nous sera plus facile d'en déterminer les conséquences.

Et bien ! donc, un père a un fils et une fille;

Ou il a deux fils, un aîné et un puîné.

Il marie sa fille; mais le futur époux craint que le père ne préfère plus tard son fils à sa fille, et qu'il ne dispose par préciput, à son profit, de la quotité disponible.

Ou bien, il marie son fils puîné; et la future épouse craint la même préférence pour le fils aîné.

Et, afin de s'en garantir, le futur époux, dans le premier cas, et la future épouse, dans le second cas, obtiennent, dans le contrat de mariage, la promesse de ce père qu'il maintiendra l'égalité entre ses enfants, entre sa fille et son fils, entre son puîné et son aîné; et ce père promet, en conséquence, l'égalité à sa fille et à son puîné! (*Voy.* l'arrêt du 1er déc. 1855, remarquablement motivé par l'éminent jurisconsulte qui présidait la Cour impériale de Paris, et que tous les amis de la science se réjouissent de retrouver à la tête du parquet de la Cour suprême, M. Delangle (Dev., 1855, II, 398).

Voilà le but de cette clause tel qu'il est révélé par l'intention commune des parties; et nous croyons qu'il nous sera maintenant plus facile d'en apprécier le caractère et la portée.

302. — Il nous paraît d'abord évident que la promesse d'égalité constitue une institution contractuelle, en tant qu'elle a pour but de garantir à l'institué que sa part héréditaire dans la quotité disponible ne sera pas donnée ou léguée, par préciput, aux autres enfants du donateur.

MM. Championnière et Rigaud lui refusent, toutefois, ce caractère : « *elle n'assure rien au futur*, » disent-ils (*Des droits d'enregist.*, t. IV, n° 295.)

Mais vraiment si! elle lui assure que son père ou sa mère ne pourra plus avantager ses frères et sœurs de la part qui doit lui revenir dans la quotité disponible! voilà donc le droit de disposer, à titre gratuit, paralysé, relativement du moins, dans les mains du père ou de la mère ; or, c'est là précisément ce qui caractérise l'institution contractuelle (art. 1083). Il est vrai que cette *paralysie* n'est que relative; et c'est ce qui fait que nos anciens, en parlant de la promesse d'égalité, disaient qu'elle est *une espèce d'institution contractuelle* (Boucheul, chapitre v, n° 1), et même qu'elle n'est pas *une institution contractuelle..., mais une précaution, qui laisse aux père et mère la liberté de disposer de leurs biens, pourvu qu'ils n'en donnent pas plus à l'un qu'à l'autre.* » (Espiard, sur Lebrun, *des Successions*, t. II, p. 17.)

Mais ces explications même, en constatant que la promesse d'égalité est, en quelque sorte, préventive plutôt que dispositive, dans son effet immédiat, démontrent que, du moins, dans cette mesure, elle a, comme le dit fort bien la Cour de Caen, *le caractère et la force d'une institution contractuelle, au préjudice de laquelle le père n'a pas pu faire ultérieurement des dispositions par préciput, en faveur d'un ou de plusieurs de ses autres enfants* (16 août 1834, Corbel, Jurisprud. de la Cour de Caen, 1837, p. 326 ; comp. Paris, 26 janv. 1833, de Thélusson, Dev., 1833, II, 197; Cass., 11 mars 1834, de Rhégat, Dev., 1834, I, 178 ; Douai, 28 mars 1835, Delattre, Dev., 1835, II, 379; Cass., 8 déc. 1837, Guerville, Dev., 1838, I, 476; Amiens, 15 déc. 1838, de Clermont, Dev., 1839, II, 204 ; Besançon, 11 juin 1844, D., 1845, IV, 156; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § VI, n° 3; Duranton, t. IX, n° 698 ; Rolland de Villargues, Répert. du notariat, v° *Instit. contract.*, n° 33; Coin-Delisle, art. 1082, n° 65; Troplong, t. IV, n° 2376; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 273; Bonnet, t. I, n° 272).

303. — Le montant de la quotité disponible se calcule

d'ailleurs, dans ce cas, conformément à la règle générale, à savoir : eu égard au nombre des enfants existants à l'époque du décès du donateur (art. 920, 922).

Le donateur avait trois enfants, à l'époque de la donation qui renferme la promesse d'égalité; et il n'en laisse que deux, y compris le donataire, à l'époque de son décès; la quotité disponible sera, non pas du quart, mais du tiers (art. 913); et c'est sur la moitié de ce tiers que portera l'institution contractuelle, c'est-à-dire sur un sixième.

Et si, en sens inverse, le donateur, qui n'avait à l'époque de la donation, que deux enfants, y compris le donataire, laisse, au contraire, trois enfants, à l'époque de son décès, la quotité disponible sera, non pas du tiers, mais du quart; et c'est sur le tiers de ce quart, que portera l'institution contractuelle, c'est-à-dire sur un douzième (*voy.* toutefois *infra*, n° 307).

304. — Mais il est bien entendu que ce n'est qu'au profit de l'enfant institué, que la promesse d'égalité a l'effet d'une institution contractuelle.

Elle n'a et ne saurait avoir aucun effet au profit des autres enfants, ses frères et sœurs, lors même qu'ils auraient été présents au contrat de mariage et qu'ils auraient déclaré l'accepter; la raison en est simple, et nous la connaissons déjà : c'est que l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit des futurs époux et des enfants à naître du mariage (*supra*, n° 293).

D'où il résulte que celui des enfants, auquel cette promesse d'égalité a été faite, pourrait être avantagé, par préciput, de la part afférente aux autres enfants dans la quotité disponible; l'égalité ne peut plus être, il est vrai, rompue *contre* lui; mais elle peut l'être *pour* lui! (Comp. Merlin, *loc. supra cit.*, n° 11; Boucheul, chap. v, n° 13, et l'arrêt *Tillier*, qu'il cite; Henrys, t. II, liv. IV, quest. 39; Delvincourt, t. II, p. 422; Duranton, t. IX, n°s 656-658; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 274; Bonnet, t. I, n° 274.)

305. — Et encore, relativement à l'institué lui-même, la promesse d'égalité n'a-t-elle d'effet qu'à l'encontre des autres enfants, et afin seulement d'empêcher qu'ils n'obtiennent, par préciput, sa part héréditaire dans la quotité disponible (comp. *supra*, nº 301 ; Paris, 26 janv. 1833, de Thélusson, D., 1833, II, 197).

Elle va jusque là sans doute ;

Mais elle ne va pas au delà !

D'où il faut déduire les conséquences suivantes :

1° L'instituant peut disposer, par préciput, au profit de l'un de ses autres enfants, de tout ce qui excède la part héréditaire de l'institué dans la quotité disponible.

Voilà l'égalité violée par ce préciput !

Il est vrai ; mais ce n'est pas à votre préjudice qu'elle est violée, puisque vous avez tout entière votre part héréditaire dans la quotité disponible, absolument comme si le partage en avait été fait également entre tous les enfants.

Vous n'éprouvez donc, par ce préciput, aucun préjudice ; vous êtes, dès lors, sans intérêt, et par conséquent sans action ! (Comp. Bourges, 18 floréal an XII, Dev. et Car., 1, II, 191 ; Troplong, t. IV, nº 2380 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 274.)

Il en serait autrement sans doute, si la clause portait que l'enfant qui se marie aura, dans la succession de son père ou de sa mère, *une part égale à celle de l'enfant le plus favorisé;* d'où il résulterait, en effet, qu'aucun autre enfant ne pourrait avoir plus que lui.

Mais cette clause, qui s'emploie quelquefois, et dont nous avons vu des exemples, n'est plus la simple *promesse d'égalité*, dont nous nous occupons.

306. — 2° Bien plus ! l'instituant peut disposer, au profit d'un étranger, de la quotité disponible tout entière, y compris même la part de l'enfant institué.

Nous devons dire, toutefois, que cette déduction est contestée, et qu'un parti considérable enseigne, au con-

traire, que l'instituant ne peut plus disposer, au profit de qui que ce soit, de la part héréditaire de l'institué dans la quotité disponible (comp. Douai, 28 mars 1835, Delattre de la Hutte, D., 1835, II, 137; Merlin, *Répert.*, v° *Institut. contract.*, § VIII, n° 8; Rolland de Villargues, *Répert. du notar.*, *eod. verb.*, n° 50; Coin-Delisle, art. 1082, n° 65; Troplong, t. IV, n° 2377).

C'est-à-dire que l'on prétend trouver, dans la promesse d'égalité, une institution contractuelle, nécessaire et absolue, au profit de l'institué, de sa part dans la quotité disponible!

Eh bien! c'est là, suivant nous, la dénaturer et outrepasser le but défini et limité, que les parties se sont proposé par cette clause.

Non! l'instituant n'a pas promis, nécessairement et absolument, à l'institué, qu'il lui laisserait sa part héréditaire dans la quotité disponible.

Ce qu'il lui a promis seulement, c'est que, si la quotité disponible était partagée entre ses enfants, elle le serait *également*, et que l'institué y aurait toute sa part; car le mot d'*égalité* implique l'idée du *partage;*

Or, il n'y a pas lieu à partage de la quotité disponible entre les enfants, puisque le père commun l'a donnée ou léguée tout entière à un étranger;

Donc, le cas prévu et défini, dans lequel seulement la promesse d'égalité pouvait avoir effet, ne s'est pas réalisé!

M. Troplong objecte que « le père de famille, qui marie son enfant et lui promet l'égalité, ou, en d'autres termes, qui s'oblige à ne pas faire de dispositions en faveur de ses autres enfants, promet, à plus forte raison, de n'en pas faire à l'égard d'un étranger. » (T. IV, n° 2378.)

Mais, non vraiment! et la différence est manifeste.

On peut craindre, dans l'intérêt de l'enfant, qui se marie, de la part de son père ou de sa mère, des dispositions par préciput au profit des autres enfants, sans en craindre au profit d'un étranger.

La promesse d'égalité, c'est une garantie *contre les entraînements de l'affection paternelle;* ce sont les termes mêmes de M. Troplong; c'est là seulement qu'est le danger qu'on avait en vue; et c'est là seulement aussi que s'est portée la *précaution,* que l'on a prise (*supra,* n° 302; comp. Cass., 15 déc. 1818, Delannoy, Sirey 1819, II, 119; Caen, 16 août 1834, Corbel, *Jurispr. de la Cour de Caen*, 1837, p. 636; Delvincourt, t. II, p. 422; Grenier, t. III, n° 425 *bis*; Duranton, t. IX, n° 699; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 275; Bonnet, t. I, n° 275; *voy.* toutefois, Limoges, 20 févr. 1844, Valès, Dev., 1846, II, 21).

307. — 3° Enfin, la promesse d'égalité devient sans objet, lorsque le père ou la mère, donateur, ne laisse pas d'autres enfants que celui au profit duquel elle a été faite.

Cette dernière déduction est la conséquence de celle qui précède; car, il ne peut pas être alors question de partage, ni par conséquent d'égalité, puisque cet enfant est seul, et n'a pas à craindre de dispositions préciputaires à son préjudice!

Remarquons que cette hypothèse fournit un argument, et des plus décisifs, suivant nous, contre la doctrine que nous venons de combattre, et d'après laquelle la promesse d'égalité constituerait une institution contractuelle, absolue et nécessaire, au profit de l'enfant donataire, de sa part héréditaire dans la quotité disponible.

Quel serait, en effet, alors, le résultat de cette doctrine?

C'est que le père ou la mère, donateur, se trouverait avoir fait une institution contractuelle de toute sa succession au profit de l'enfant, auquel il promettait seulement l'égalité; de sorte qu'il n'aurait pu faire ensuite aucune autre disposition!

Cela est évident, puisque cet enfant, qui aurait droit à la moitié comme réservataire, aurait droit à l'autre moitié comme donataire contractuel!

Mais une telle conséquence nous paraît excessive et

contraire à la volonté du donateur (comp. Bordeaux, 12 mai 1848, Labregère, Dev., 1848, II, 417; Paris, 1er déc. 1855, ville de Paris, Dev., 1856, II, 398; Observations de Devilleneuve, 1848, II, 417, 418; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 275).

308. — La donation de biens à venir est, du reste, susceptible de toutes les conditions ou modalités, qui ne sont pas contraires à l'ordre public (art. 900).

C'est ainsi qu'elle peut être faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur (art. 947, 1083, 1086; Bonnet, t. I, n° 295).

Ajoutons, toutefois, que ces conditions doivent aussi se renfermer dans la limite des exceptions, par lesquelles la loi, dans notre chapitre, déroge aux principes du droit privé (comp. *supra*, n° 294, et *infra*, n° 314).

309. — II. Quant aux effets de la donation de biens à venir, il faut, pour les apprécier exactement, s'attacher à l'intention des parties et au caractère qu'elles entendent elles-mêmes lui donner.

Or, celui qui fait une donation de ses biens à venir à un futur époux, lui tient, en réalité, ce langage :

« Il vous faut des garanties; et une disposition testamentaire ne vous suffirait pas; je vous assure donc ma succession; je vous l'assure, en ce sens que je ne pourrai plus révoquer la donation que je vous en fais : ni expressément, par aucune déclaration de changement de volonté (art. 1035); ni tacitement, par les dispositions à titre gratuit entre-vifs ou par testament (art. 1036); mais je n'entends pas me dépouiller de la propriété de mes biens, ni m'interdire! je garderai au contraire le libre gouvernement de mon patrimoine; tout ce que j'aurai fait loyalement, à titre onéreux, sera bien fait, et vous obligera vous-même; en un mot, je fais de vous contractuellement mon héritier réservataire. »

Et de là ces dénominations parfaitement exactes, en effet, d'*institution contractuelle et d'héritier institué;* car

c'est bien un droit éventuel de succession qui fait l'objet de cette donation (*voy.* l'article 1085); et le donataire y a bien le rôle d'un héritier présomptif réservataire.

Il est vrai que son droit, par cela même qu'il est contractuel, est plus assuré que la simple espérance d'un héritier réservataire légitime, puisqu'il ne pourrait pas même être détruit par une loi nouvelle (comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois*, n° 53).

Mais cette particularité n'en change pas d'ailleurs le caractère; et nous maintenons que c'est un droit héréditaire éventuel, qui est conféré à l'époux institué contractuellement.

Si nous mettons quelque insistance à le préciser, c'est que MM. Aubry et Rau nous ont reproché de l'avoir défini, d'une manière un peu obscure, en disant qu'il est un droit *tel quel* (*voy.* notre *Traité* précité, n° 201); c'est que, en effet, il n'est pas facile de définir rigoureusement ce droit mixte, où se trouvent mêlées ensemble deux idées, qui semblent d'abord inconciliables, à savoir : un simple droit éventuel de succession et l'irrévocabilité! aussi M. Colmet de Santerre a-t-il pensé *qu'il ne peut être qualifié par aucune expression technique* (t. IV, n° 256 *bis*, II).

On ne tardera pas d'ailleurs à reconnaître que nos savants collègues la de Faculté de Strasbourg, en ont eux-mêmes fourni une qualification qui n'est pas exacte, et qui les a conduits à des conséquences inadmissibles (t. VI, p. 263-266).

Nous croyons, quant à nous, que la qualification technique du droit de l'institué est celle que nous venons d'en présenter, à savoir : un droit éventuel à la succession future du donateur (comp. Auroux des Pommiers sur l'article 220 de la coutume de Bourbonnais, n° 3).

Et nous en déduisons cette conclusion que c'est, en effet, par les règles qui gouvernent les droits éventuels

de succession, qu'il doit être en général aussi gouverné. (Comp. *infra*, n° 324.)

310. — Nous avons maintenant à en déterminer spécialement les effets :

a. — D'abord, à l'égard du donateur ;

b. — Ensuite, à l'égard du donataire.

a. — Que le donateur conserve, jusqu'au moment de son décès, la propriété de tous ses biens, soit de ceux qui lui appartenaient lors de la donation, soit de ceux qu'il acquiert par la suite, cela est évident ! et il ne s'opère, en effet, aucune transmission entre-vifs, du donateur au donataire, de la propriété des biens qui forment l'objet de l'institution (comp. Cass., 19 pluviôse an XI ; 8 déc. 1806 ; et 5 oct. 1807, D., *Rec. alph.*, v°. *Enregist.*, t. VII, p. 80, 81 ; Championnière et Rigaud, t. IV, n°s 2953, 2954).

Le donataire institué pourra sans doute succéder à cette propriété, s'il survit au donateur instituant ; mais il y succédera comme tout héritier succède à la propriété des biens de son auteur, c'est-à-dire seulement pour l'avenir, et sans aucune rétroactivité dans le passé ; la propriété de l'instituant défunt sera continuée par l'institué, elle ne sera pas résolue ! c'est ce que nous avons dit de *l'appelé* succédant au *grevé*, en matière de substitution (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 94) ; et pourtant, le grevé ne peut disposer, ni à titre gratuit, ni même à titre onéreux, au préjudice de la substitution ; *a fortiori*, cette appréciation est-elle exacte, relativement à l'institué, dans la donation de biens à venir !

Aussi ne saurions-nous être touché de l'objection, qui consiste à dire que l'institué pourra réclamer, même contre les tiers détenteurs, la restitution des biens dont l'instituant aurait disposé, à titre gratuit, au préjudice de l'institution.

Il est vrai ; mais l'héritier légitime réservataire peut aussi réclamer, par l'action en réduction, les biens dont

son auteur a disposé, à titre gratuit, au préjudice de la réserve; et on n'en conclut pas apparemment que la propriété, que le *de cujus* a eue pendant sa vie, soit résolue après sa mort, quant aux biens qui composent la réserve !

Eh bien ! la conclusion n'est pas plus nécessaire, en ce qui concerne l'institué contractuel.

Le principe est le même, en effet, dans les deux cas, à savoir : qu'à l'égard de l'institué contractuel, de même qu'à l'égard de l'héritier réservataire, le bien aliéné à titre gratuit est réputé n'être pas sorti du patrimoine du *de cujus ;* c'est-à-dire que le droit de propriété du *de cujus*, qui reste libre en ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, se trouve restreint, dans son exercice, en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit.

311. — L'instituant, disons-nous, conserve le droit d'aliéner à titre onéreux de toute manière, directement ou indirectement.

Il peut donc vendre, échanger, contracter des emprunts et des obligations personnelles quelconques ;

Constituer des hypothèques ou des servitudes, etc. (comp. Cass., 20 déc. 1825, de Verdonnet, D., 1826, I, 29);

Plaider, transiger, compromettre ;

Faire le commerce, contracter des sociétés industrielles ou autres ;

Renoncer à une prescription acquise, s'il est reconnu, en fait, que cette renonciation ne constitue pas une donation, mais l'acquit d'une dette de conscience (comp. Cass., 26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1847, I, 120; Troplong, t. IV, n° 2353; Bonnet, t. II, n° 441).

312. — Et il peut aliéner, non-seulement pour un prix capital une fois payé, mais encore moyennant une rente, soit perpétuelle, soit même viagère ou avec réserve d'usufruit.

On objecte que l'aliénation moyennant une rente via-

gère, ne laissera, dans la succession de l'instituant, aucune valeur représentative du bien par lui aliéné!

Il est vrai; mais la loi autorise, sans distinction, toutes les aliénations à titre onereux (art. 1083); or, tel est le caractère de l'aliénation moyennant une rente viagère (art. 1104, 1106 et 1968).

Aussi, la faudrait-il maintenir dans le cas même où elle comprendrait tous les biens de l'instituant; et il ne serait pas, en effet, impossible qu'il eût été déterminé à les aliéner ainsi, par des motifs légitimes, afin d'augmenter ses revenus, s'ils étaient devenus, par des circonstances quelconques, insuffisants pour le faire vivre!

Ce qu'il faut ajouter toutefois, c'est que l'institué pourrait exercer, avec plus de chances de succès peut-être, dans ce cas, le droit qu'il a, d'ailleurs, dans tous les autres cas, de demander à prouver que l'aliénation n'est pas sérieuse, et qu'elle n'est que le résultat d'un concert entre l'instituant et le tiers, dans le but de faire fraude à l'institution contractuelle (comp. Riom, 4 déc. 1810, Grouillet, Sirey, 1813, II, 348; Cass., 15 nov. 1836, Couillaud, Dev., 1836, I, 806; Duranton, t. IX, nos 711 et 714; Troplong, t. IV, n° 2354; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 262; Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis*; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1893; Bonnet, t. II, n° 421).

315. — Ne faudrait-il pas même présumer, de plein droit, que l'aliénation à charge de rente viagère constitue une disposition à titre gratuit, si elle avait eu lieu au profit d'un successible en ligne directe? et l'article 918 serait-il applicable dans l'intérêt de l'institué?

Nous ne le croyons pas.

Aux termes de l'article 1350, la présomption légale est celle qui est attachée, *par une loi spéciale, à certains actes ou à certains faits*; et elle ne saurait être étendue à d'autres actes ou à d'autres faits que ceux auxquels elle s'applique spécialement;

Or, la présomption légale de l'article 918 n'a été établie

que *dans l'intérêt des successibles en ligne directe*, c'est-à-dire des héritiers réservataires ab intestat; et, par conséquent, elle ne pourrait être invoquée par un donataire de biens à venir; d'autant plus qu'elle est tout à fait exceptionnelle et qu'elle peut même devenir très-rigoureuse dans son application (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 491 et suiv.)

Si donc, le donataire attaquait comme simulée une convention de ce genre, il serait tenu de prouver, en fait, la simulation, sauf d'ailleurs à déduire des arguments de la double circonstance sur laquelle la présomption légale est fondée, à savoir : du caractère même de l'acte et de la qualité des parties (comp. Duranton, t. IX, n° 714; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 262; Bonnet, t. II, n° 439).

514. — On voit, par ce qui précède, combien le sort futur de l'institution contractuelle dépend toujours de l'instituant, de sa bonne foi, de son intelligence, de ses chances plus ou moins heureuses dans le gouvernement de son patrimoine.

Il est vrai! et c'est précisément afin de garantir, en partie du moins, le donataire de ce danger, que le législateur a autorisé la troisième espèce de donation, celle des biens présents et à venir.

Mais est-ce que, même dans une simple donation de biens à venir, l'institué ne pourrait pas stipuler que l'instituant n'aura pas le droit d'aliéner même à titre onéreux, ou du moins qu'il n'aura le droit d'aliéner qu'avec son consentement?

On a enseigné l'affirmative; et M. Troplong ajoute qu'il n'a *aucun doute sur la validité de cette clause*. (T. IV, n° 2349; comp. Toulouse, 18 janvier 1820, D., *Rec. alph., h. v.*, n° 2074; Coin-Delisle, art. 1083, n° 4; Bonnet, t. II, n° 422.)

Notre avis est, pourtant, que cette clause serait nulle.

La donation de biens à venir constitue une exception

aux principes généraux du droit privé (art. 791, 943); et elle ne peut, en conséquence, être admise que sous les conditions et dans les limites que la loi elle-même y a imposées; en dehors donc de ces conditions et de ces limites, elle devient un pacte sur une succession future, qui tombe nécessairement sous la prohibition de l'article 791.

M. Bonnet répond que l'interdiction d'aliéner, même à titre onéreux, imposée au donateur, *aura pour effet de convertir la disposition en une donation entre-vifs de la nue propriété des biens présents et des biens à venir!* (*Loc., supra cit.*)

Mais c'est dénaturer la disposition et aller au delà de la volonté du disposant! Le disposant n'a pas dit qu'il faisait une donation *de biens présents;* telle n'est pas notre hypothèse; il a dit qu'il faisait une donation de *biens à venir;* et le savant auteur lui-même le reconnaît, puisqu'il y comprend *la nue propriété des biens à venir!* or, si l'instituant a fait une donation de biens à venir, il ne s'est pas dessaisi et il n'a même pas pu se dessaisir, pas plus de la nue propriété que de l'usufruit; et la clause en question se réduit dès lors purement et simplement à une incapacité d'aliéner à titre onéreux, dont il n'a pas pu se frapper.

Il est vrai que, dans certaines provinces autrefois, l'instituant ne pouvait pas aliéner, même à titre onéreux, les biens compris dans l'institution contractuelle, ou tout au moins les biens présents, c'est-à-dire ceux qui lui appartenaient à l'époque de l'institution.

Oui! mais c'était dans les provinces de droit écrit, qui n'avaient, comme on sait, admis qu'à regret ce mode de disposer, et qui ne l'avaient admis qu'en s'efforçant de le dénaturer et de le ramener le plus possible au caractère de la donation entre-vifs (comp. *supra*, n° 271; de Laurière, chap. IV, n° 8; Duperrier, *Quest. notables*, liv. II, chap. VI; Merlin, *Rép.*, v° *Instit. contract.*, § 8, n° 9).

Telle n'était pas la vraie institution contractuelle des provinces coutumières, où l'on tenait, au contraire, pour maxime, que l'instituant conservait le droit d'aliéner à titre onéreux (comp. *infra*, n° 320; art. 224 de la cout. de Bourbonnais; Auroux des Pommiers, sur cet article; Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, IV, XL; Pothier, *Introd. au titre* XVII *de la cout.* d'Orléans, n° 26).

Or, c'est l'institution contractuelle coutumière, que les rédacteurs de notre Code ont admise; et on pourrait en trouver une preuve encore dans les travaux préparatoires; l'article 148 du projet, qui forme l'article 1083, portait, en effet, que « le donateur conserve jusqu'à sa « mort la liberté entière de vendre et hypothéquer, *à « moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou « en partie.* » Or, précisément, ces derniers mots ont été supprimés dans la rédaction définitive (comp. Riom, 4 déc. 1810, Grouillet, Sirey, 1813, II, 348; Duranton, t. IX, n[os] 712, 713; de Fréminville, sur Grenier, t. III, n° 412, note *a;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 262, 263).

315. — Mais l'instituant ne peut plus disposer à titre gratuit, au préjudice de l'institué, des biens compris dans l'institution.

C'est là surtout ce qui en constitue l'irrévocabilité.

Aussi, cette règle est-elle applicable à toutes les dispositions à titre gratuit, que l'instituant pourrait faire ultérieurement, quelles qu'en soient, d'ailleurs, la nature, la forme et l'étendue.

Il n'y a donc pas à distinguer entre les donations entre-vifs et les testaments; — entre les donations ordinaires et les donations qui sont faites par contrat de mariage (Lyon, 28 janv. 1855, Mauries, Dev., 1855, II, 742); — entre les libéralités déguisées et les libéralités ostensibles; — ni enfin entre les legs universels ou à titre universel et les legs à titre particulier (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 306 et suiv.).

316. — Nous disons que l'instituant ne peut plus disposer, au préjudice de l'institué, *des objets compris dans l'institution.*

Il est clair, en effet, que si l'institution ne comprend qu'une partie des biens, la moitié, par exemple, ou même seulement des objets particuliers, rien ne s'oppose à ce que l'instituant dispose librement, soit de l'autre moitié, soit de tous les autres biens.

Mais si, au contraire, l'institution est universelle et comprend tous les biens, notre règle devient applicable avec toute sa généralité.

317. — Mais quoi ! l'instituant ne pourra donc plus remunérer un service ni laisser un souvenir d'amitié !

Une telle conséquence eût été, en effet, excessive et contraire à la volonté de l'instituant, qui n'aurait pas certainement consenti à y souscrire.

C'est pourquoi l'article 1083 apporte à la règle ce sage tempérament que le donateur pourra disposer, à titre gratuit, *pour sommes modiques : à titre de récompense ou autrement;*

Pour sommes modiques; ce qui ne veut pas dire qu'il ne pourra disposer que de deniers; il est clair qu'il peut donner ou léguer des objets en nature; mais seulement jusqu'à concurrence de sommes modiques. (Comp. Caen, 22 janv. 1866, Alleaume, *Rec. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1866, p. 38);

A titre de récompense; et cela, lors même que les services rendus au donateur ne pourraient pas engendrer contre lui une action en justice; car il ne s'agit pas de payer, mais de donner;

Ou autrement; c'est-à-dire, soit pour présents ou cadeaux d'usage, soit pour cause pie (comp. Caen, 16 nov. 1812, Duhamel, Sirey, 1813, II, 43), soit dans l'intérêt de la mémoire de l'instituant, pour la célébration de messes ou pour l'érection d'un tombeau (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 417; Toullier. t. III, n° 834; Duranton,

t. IX, n° 704; Coin-Delisle, art. 1083, n° 9; Troplong, t. IV, n° 2350; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 261; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n°s 256 et 256 *bis*, I; Bonnet, t. II, n°s 423, 424).

318. — Il est, d'ailleurs, évident que les termes de la loi : *pour sommes modiques ou autrement,* laissent aux magistrats une assez grande latitude d'appréciation.

C'est que, en effet, ce sont là surtout des questions de fait; cette condition de *modicité* étant nécessairement relative et ne pouvant être appréciée qu'eu égard à la fortune de l'instituant et à l'objet de l'institution.

Aussi, les magistrats ont-ils, suivant les cas, le pouvoir : soit de réduire seulement la disposition, si elle est seulement excessive; soit de l'annuler, si elle est faite en dehors de la limite déterminée par la loi (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 532; Riom, 4 août 1820, Pethière, Sirey, 1821, II, 313; Duranton, t. IX, n° 704).

319. — C'est ainsi qu'ils devraient l'annuler, si elle était faite à titre universel, lors même qu'elle serait rémunératoire.

On tenait, en effet, pour maxime, dans notre ancien droit, que l'instituant ne pouvait plus disposer à titre universel, au préjudice de l'institution :

Non impeditur quædam particularia legare, manente institutione in suâ quotâ, dit Dumoulin (sur l'article 222 de la cout. de Bourbonnais).

Et il ajoute (sur l'article 31, tit. XIV, de la cout. d'Auvergne) : « *Non potest dare cohæredem etiam particularem,* « *nisi ut legatarium vel donatarium certæ rei.* » (Comp. Auroux des Pommiers, sur l'article 222 précité.)

Ces mots de l'article 1083 : *pour sommes modiques,* démontrent qu'il n'autorise aussi, conformément à ces traditions, que les dispositions à titre particulier.

C'est que, en effet, l'instituant ne peut pas révoquer, pas plus pour partie que pour le tout, le titre même qu'il a conféré; et c'en serait une révocation qu'une institution

à titre universel, dont le résultat serait de fractionner le titre complet, qu'il avait conféré à l'instituant (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 531; Riom, 4 août 1820, Pethière, Sirey, 1821, II, 313; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 256; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 261; Bonnet, t. II, n° 423).

320. — L'instituant pourrait-il se réserver le droit de disposer à titre gratuit dans une mesure plus étendue?

Assurément! (arg. de l'article 1086); et il arrive, en effet, quelquefois qu'il se réserve de disposer soit de certains objets, soit d'une somme fixe, plus ou moins considérable, dont il est libre de déterminer le chiffre.

Mais en sens inverse, pourrait-il s'interdire le droit de disposer à titre gratuit, même seulement dans la mesure permise par l'article 1083?

Nous ne le croyons pas; par les mêmes motifs, qui ne nous ont pas permis de croire qu'il pût s'interdire la faculté d'aliéner à titre onéreux (*supra*, n° 314).

Ce qui pourrait être vrai seulement, c'est que, dans le cas où l'instituant se serait réservé le droit de disposer de certains biens déterminés ou d'une somme fixe, il ne pourrait pas disposer d'autres biens ni d'une somme plus forte, pour quelque cause que ce fût.

Telle était la doctrine de nos anciens auteurs, qui considéraient que, dans ce cas, l'instituant, en fixant lui-même sa réserve à une certaine somme, avait pu *se lier les mains pour le reste*. (Auroux des Pommiers, sur l'article 224 de la cout. de Bourbonnais; comp. Bordeaux, 19 juill. 1827, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 711; Bonnet, t. II, n° 446.)

Et encore, ne faudrait-il pas, suivant nous, admettre facilement cette interprétation (comp. *infra*, n° 381).

321. — *b.* Quant aux droits de l'institué, ils doivent être considérés à deux époques :

1° D'abord, pendant la vie de l'instituant;

2° Ensuite, après sa mort.

322. — 1° Pendant la vie de l'instituant, « *il faut*, di-

sait le tribun Jaubert, *distinguer le titre et l'émolument; le titre est irrévocable; quant à l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 484.)

Cette distinction nous paraît exacte; et il en résulte cette première conséquence, à savoir : que l'institué n'a, pendant la vie de l'instituant, aucun droit à l'émolument, c'est à-dire aux biens qui composent son patrimoine; pas plus de droit que n'en a un héritier présomptif sur les biens de son parent vivant!

Qu'il ne puisse donc pas les aliéner; que ses créanciers ne puissent pas les faire saisir; qu'aucune hypothèque ni conventionnelle, ni judiciaire, ni légale, fût-ce même celle de la femme, dans le contrat de mariage de laquelle la donation a été faite, ne puisse s'y asseoir de son chef, cela est d'évidence! (Comp. Riom, 15 avril 1809, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2098; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 2; Toullier, t. IV, n° 838; Grenier, t. III, n° 423; Bonnet, t. II, n°s 443 et 450.)

323. — Il n'est pas moins certain que l'institué n'a encore aucune qualité pour contrôler ni attaquer, du vivant de l'instituant, les aliénations soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, qu'il pourrait faire.

Mais pourrait-il, du moins, demander à la justice d'être autorisé à prendre des mesures conservatoires, s'il offrait de prouver que l'instituant commet des actes frauduleux dans le but de diminuer ou d'anéantir, à son détriment, le bénéfice de l'institution?

Nous ne le pensons pas davantage; pas plus que nous n'avons pensé que le droit de requérir, en pareil cas, des mesures conservatoires pût appartenir à un héritier réservataire.

Or, l'institué contractuel nous paraît être, à cet égard, dans une position tout à fait semblable.

Et, par conséquent, nous ne lui accorderions le droit d'agir conservatoirement, tant que l'instituant vit encore,

que dans les cas extrêmes et exceptionnels, où il nous a paru que l'héritier réservataire lui-même pourrait agir. (comp. le tome II de ce *Traité*, nos 198-201 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 266, 267).

324. — Mais si l'institué ne peut pas, du vivant de l'instituant, aliéner *l'émolument*, ne peut-il pas, au contraire, aliéner *le titre?*

En d'autres termes, l'institué peut-il, du vivant de l'instituant, céder son droit ou y renoncer?

Question souvent agitée, et dont la solution semble demeurer encore incertaine.

L'affirmative est enseignée par plusieurs jurisconsultes (comp. Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 232; Benech, *de la Quotité disponible entre époux*, p. 449-451); et elle a été soutenue, avec beaucoup de fermeté, par MM. Aubry et Rau, dont la doctrine est que l'institué peut céder son droit, ou renoncer à l'exercer, au détriment d'un tiers intéressé à accepter une pareille renonciation, d'un donataire, par exemple, de biens présents, ou même d'un donataire de biens à venir gratifiés par l'instituant postérieurement à l'institution ; nos savants collègues ajoutent, toutefois, que la renonciation serait nulle, si elle avait eu lieu soit au profit des héritiers ab intestat de l'instituant, soit au profit de ce dernier, et que la renonciation ne pourrait, en aucun cas, porter atteinte aux droits résultant de l'institution contractuelle ou des autres conventions matrimoniales, tant au profit de l'époux institué qu'au profit des enfants nés ou à naître du mariage (sur Zachariæ, t. VI, p. 263-266).

Mais ces restrictions sont, à notre avis, insuffisantes; et c'est la doctrine tout entière, qui nous paraît devoir être rejetée.

Nous tenons donc que l'institué ne peut pas du tout, pendant la vie de l'instituant, céder son droit ni y renoncer :

1° Aux termes de l'article 791, on ne peut, même par

contrat de mariage, *renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession* (ajout. art. 1130 et 1600);

Or, c'est bien *un droit éventuel à la succession de l'instituant,* que l'institution contractuelle confère à l'institué ;

Donc, le texte même de notre article s'oppose à ce qu'il y puisse renoncer.

Mais ce droit dérive d'un contrat; et il est irrévocable!

Q'importe! est-ce que l'article 791 distingue entre les droits éventuels à une succession, qui dérivent de la loi, et ceux qui dérivent de la volonté de l'homme!

Nullement! ses termes sont absolus, et n'admettent aucune distinction.

2° Nous ajoutons qu'ils n'en devaient pas admettre.

Le droit, qui appartient à l'institué, n'en a pas moins, en effet, malgré son irrévocabilité, le caractère d'un droit éventuel de succession.

MM. Aubry et Rau objectent que ce droit de succession est, dès actuellement, acquis à l'institué ; et suivant eux, *c'est évidemment un droit de propriété, qui ne porte, toutefois, que sur des biens à venir...*, mais qui n'en forme pas moins, pour l'institué, *un bien présent,* dont il pourrait, en conséquence, disposer, même par une donation entre-vifs ordinaire (*loc. supra cit.*).

Mais il nous est impossible d'admettre une telle appréciation.

Comment, en effet, un droit à une succession non encore ouverte, pourrait-il être un *droit de propriété?*

Est-il d'ailleurs possible de concevoir *un droit actuel de propriété,* qui ne porte que *sur des biens à venir*, et dont l'institué, en admettant que l'institution s'ouvre, ne deviendra propriétaire que pour l'avenir, à compter du décès de l'instituant, sans aucune rétroactivité dans le passé?

Non! l'institué n'a pas actuellement un droit de pro-

priété, ni même un droit de succession, ni le titre d'héritier!

Nulla est viventis hæreditas!

Ce qu'il a seulement, ce qu'il peut seulement avoir, c'est un droit éventuel à la succession future de l'instituant; droit contractuel, sans doute, et irrévocable; mais dont cette origine et cette irrévocabilité ne sauraient changer le caractère élémentaire!

Il a le droit, enfin, non pas de se dire actuellement héritier (cela est bien impossible!) mais de pouvoir le devenir lors de l'ouverture de la succession de l'instituant, avec la faculté à cette époque, mais seulement à cette époque, d'accepter ou de renoncer!

3° Et ce n'est pas seulement le texte de l'article 791 qui est applicable; les mêmes considérations d'intérêt privé et d'intérêt public, qui ont dicté cet article au législateur, se reproduisent en effet avec la même force: « incertitude sur l'époque de l'ouverture du droit, dit très-bien M. Colmet de Santerre; incertitude sur le chiffre du patrimoine; partant, spéculation dangereuse et immorale, parce que le cédant n'en peut apercevoir les conséquences, et que le cessionnaire profite de ses passions et de son aveuglement. » (T. IV, n° 256 *bis*, III; ajout. notre *Traité des Successions*, t. III, n° 300.)

Il est vrai que la renonciation de l'institué à son droit éventuel pourrait paraître, dans certains cas, déterminée par des motifs favorables; comme s'il y renonçait dans le contrat de mariage de l'un de ses enfants, afin d'assurer l'effet d'une autre institution contractuelle, qui serait faite, au profit de celui-ci, par l'instituant (comp. Bordeaux, 9 févr. 1840, Lafosse, Dev., 1841, II, 470); mais la règle écrite dans l'article 791 ne saurait admettre ces distinctions; et on peut dire qu'elle est du petit nombre de celles qui ne sont salutaires qu'à la condition d'être absolues!

4° Ajoutons, enfin, que cette doctrine se trouve encore

fortifiée par l'article 1395, qui porte que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage; c'est, en effet, sur la foi des conventions matrimoniales, et surtout des donations qui les accompagnent, que le mariage a été consenti; et il est logique et équitable que la même irrévocabilité garantisse les unes et les autres.

Aussi, est-ce dans ce sens que paraît se former la jurisprudence moderne.

Si quelques arrêts semblent contraires, c'est qu'ils ont statué, non pas sur des donations de biens à venir, mais plutôt sur des donations de biens présents, d'où résultait, au profit du donataire, un droit actuel qui, bien que soumis à la condition de la survie du donataire, n'en constituait pas moins, à son profit, une véritable créance, et non pas un droit de succession (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 392 et 404; Cass., 18 avril 1812, Sirey, 1813, I, 137; Cass., 22 févr. 1831, Belet, D., 1831, I, 102; Agen, 12 mai 1848, Leysses, D., 1848, II, 188; Cass., 16 juill. 1849, Leysses, D., 1849, I, 304; Cass., 16 mai 1853, de Dauvet, Dev., 1853, I, 490; et les judicieuses Observations de M. Carette, *h. l.*).

Mais, lorsque la question est posée sur une véritable institution contractuelle, c'est dans le sens que nous proposons qu'elle est généralement résolue par la jurisprudence et par la doctrine (comp. *infra*, n° 415; notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 325; Lyon, 16 janv. 1838, Reydellet, Dev., 1838, II, 453; Poitiers, 25 juill. 1839, Billiard, Dev., 1839, II, 502; Cass., 10 août 1840, Billiard, Dev., 1840, I, 757; Cass., 16 août 1841, Jantet, Dev., 1841, I, 984; Toulouse, 15 avril 1842, de Montlaur, Dev., 1842, II, 385; Cass., 11 janv. 1853, de Chanaleilles, Dev., 1853, I, 65; Agen, 17 décemb. 1856, Molié, Dev., 1857, II, 1; Devilleneuve, *Rec. alph.*, IV, 2, 231; Delvincourt, t. II, p. 423; Grenier, t. III, n° 417; Vazeille,

art. 1083, n° 7; Toullier, t. XII, n° 16; Duranton, t. VI, n° 49; Troplong, t. IV, n° 2355; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 326; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1894; Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis*, III; Bonnet, t. II, nos 451-453).

325. — 2. Lors du décès de l'instituant, il arrive de deux choses l'une :

Ou l'institution s'ouvre;

Ou elle est caduque :

L'institution s'ouvre, lorsque l'époux ou les époux institués, ou, à leur défaut, les enfants ou descendants issus de leur mariage, survivent à l'instituant (art. 1089).

326. — Nous disons : l'époux ou les époux.

En effet, si un seul des époux a été institué, son prédécès rend, en ce qui le concerne, l'institution caduque; et il ouvre la vocation des enfants, s'il y en a, lors même que l'autre époux survivrait.

Mais si les deux époux ont été institués, il faut distinguer :

Ont-ils été institués conjointement?

La part du prédécédé accroîtra au survivant.

Il est vrai que le droit d'accroissement, en matière d'institution contractuelle, a été contesté dans notre ancien droit; et tandis que Ricard (Part. III, n° 481), Furgole (*des Testam.*, chap. IX, n° 31) et de Laurière (t. I, p. 262), enseignaient qu'il doit y être admis, comme dans les testaments, Lebrun (*des Successions*, liv. III, chap. II, n° 12) et Auroux des Pommiers (sur la cout. de Bourbonnais, art. 219, n° 25), pensaient, au contraire, qu'il doit en être rejeté, comme dans les donations entre-vifs.

Mais évidemment, suivant nous, c'est le caractère testamentaire qui doit ici prévaloir dans l'institution contractuelle; car les époux institués conjointement ne sont pas saisis, du vivant de l'instituant; pas plus que les légataires conjoints ne le sont, du vivant du testateur; c'est, dans un cas comme dans l'autre, à l'époque du dé-

cès seulement, que leur droit s'ouvre; et les motifs sur lesquels est fondé le droit d'accroissement dans les legs, existent dès lors tout à fait semblables dans les institutions contractuelles; comment! l'institution contractuelle admet la *substitution vulgaire;* et elle n'admettrait pas le *droit d'accroissement!* ce serait certainement une inconséquence; car nous avons vu que le droit d'accroissement n'est qu'une variété de la substitution vulgaire (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 363).

Concluons donc, malgré le dissentiment de Coin-Delisle (art. 1082, n° 25), que les articles 1044 et 1045 sont applicables, et que, en conséquence, l'époux survivant institué conjointement serait préféré, en cas de prédécès de l'autre époux, aux enfants issus du mariage.

Il en serait toutefois autrement, si les enfants avaient été substitués seulement à l'époux prédécédé; auquel cas, ils devraient l'emporter sur l'époux survivant, en vertu du principe que la substitution vulgaire est plus forte que le droit d'accroissement (comp. le tome V précité, n° 392; Grenier, t. III, n° 422; Troplong, t. IV, n° 2363; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 270, 271; Toullier, t. III, n° 844).

527. — Il est clair que, dans le cas de survie de l'époux ou des époux institués (suivant la distinction qui précède), et lorsque la succession de l'instituant est acceptée par eux, le droit éventuel des enfants s'éteint, et qu'ils ne peuvent plus désormais recueillir les biens compris dans la substitution, qu'autant que ces biens se retrouveront dans la succession de l'époux et qu'ils se porteront ses héritiers.

Mais, au contraire, le droit éventuel des enfants s'ouvre par le prédécès de l'époux ou des époux institués.

Et, dans ce cas, c'est de leur propre chef, *jure proprio*, qu'ils sont appelés, comme institués eux-mêmes, à la succession de l'instituant.

D'où il suit qu'ils peuvent la recueillir, lors même

qu'ils auraient renoncé à la succession de leur père ou de leur mère institués en premier ordre (comp. *supra*, n° 287; Chabrol, t. II, p. 340; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § XIII, n°s 5, 6; Grenier, t. III, n°s 415, 416; Duranton, t. IX, n°s 688, 690; Coin-Delisle, art. 1082, n° 41; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 270).

328. — Que les enfants qui sont morts avant l'instituant, sans laisser eux-mêmes d'enfants, doivent être, relativement à l'institution contractuelle, considérés comme n'ayant jamais existé, cela est d'évidence! (Art. 725, 1039, 1089).

Mais, au contraire, s'ils ont laissé des descendants, il faut décider :

1° Que ceux-ci, quoique n'étant qu'au second ou au troisième degré, etc., viendront partager le bénéfice de l'institution avec les enfants survivants, quoique ceux-ci soient au premier degré;

2° Que, dans ce cas, le partage devra être fait non point par têtes, mais par souches;

Comme il devrait être fait aussi, dans le cas où tous les enfants du premier degré étant prédécédés, l'institution serait recueillie par leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (arg. des art. 739 et 740).

Mais la représentation n'a lieu que dans les successions légitimes! et les dispositions à titre gratuit, qui émanent de la volonté de l'homme, sont personnelles au gratifié comme la bienveillance dont elles sont le fruit!

Sans doute; mais c'est aussi de la volonté de l'homme que nous déduisons cette double conséquence : que les petits-enfants concourent avec les enfants, et que le partage se fait alors par souches.

Qu'a voulu, en effet, l'instituant, en faisant par contrat de mariage cette donation de ses biens à venir aux époux et à la postérité qui naîtra du mariage?

Il a voulu fonder, en quelque sorte, le patrimoine futur de la famille qui allait se former; et c'est recon-

naître sa véritable intention que de soumettre la dévolution de la succession contractuelle, qu'il a établie, aux mêmes règles qui gouvernent la dévolution de la succession légitime (comp. Auroux des Pommiers, sur l'art. 219 de la cout. de Bourbonnais, nos 50, 51; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § XIII, nos 1, 2; Toullier, t. III, n° 843; Grenier, t. III, n° 416; Duranton, t. IX, n° 686; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 270; Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis*, IV).

329. — Voilà pourquoi nous pensons qu'il faut dire de la renonciation, soit de l'époux ou des époux institués, soit des enfants ou des descendants substitués, ce que nous venons de dire de leur prédécès, à savoir : que la renonciation des uns, de même que leur prédécès, ouvre le droit des autres.

Cette déduction, toutefois, a été contestée; et de ces mots de l'article 1082 : « ..... *dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire, — dans le dit cas de survie du donateur*, quelques jurisconsultes ont conclu que la vocation des substitués était restreinte au seul cas du prédécès des institués (comp. Coin-Delisle, art. 1082, n° 43 et 45; Saintespès-Lescot, t. III, n° 1898; Bonnet, t. II, n° 370).

Mais les mots, dont on argumente, ne nous paraissent pas comporter nécessairement ce sens limitatif; la preuve en est dans d'autres articles de notre Code, où ces mêmes mots : *en cas de prédécès*, sont employés, de l'aveu de tous, comme synonymes de ceux-ci : *à défaut* (art. 750, 753, 759, 766; comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 54).

Est-ce que, d'ailleurs, dans notre chapitre lui-même, l'article 1089 ne déclare pas que l'institution contractuelle ne peut devenir caduque que *si le donateur survit au* donataire ET A SA POSTÉRITÉ ? et n'est-on pas autorisé à en conclure que *la postérité* du donataire, dès qu'elle a survécu au donateur, est appelée, aussi complétement que

le donataire lui-même, pour recueillir dans tous les cas où le donataire ne recueillerait pas?

Tel est l'effet général de la substitution vulgaire (art. 898); et l'application que nous en faisons à celle-ci, nous paraît particulièrement conforme à la volonté du disposant et, par suite, à celle de la loi qui l'interprète.

Aussi, M. Bonnet, qui combat cette doctrine comme *une erreur grave*, a-t-il été forcément conduit, par son dissentiment même, à soutenir que la vocation des enfants à naître du mariage n'a pas le caractère d'une substitution vulgaire, et que *cette appellation n'a rien d'exact* (*loc. supra*).

Mais on a vu que cette appellation, au contraire, nous a été transmise par les interprètes les plus autorisés de la doctrine ancienne; et notre avis est que la doctrine moderne a très-bien fait de la conserver et d'en déduire les conséquences qu'elle comporte.

Ajoutons que si les enfants n'étaient pas, de plein droit, présumés substitués vulgairement, même pour le cas de renonciation de l'époux donataire, le donateur ne pourrait pas les substituer pour ce cas, même de la manière la plus expresse; car il ne peut aller au delà des termes de la loi, dans cette disposition exceptionnelle! raison de plus encore, certes, pour conclure que la loi présume la substitution vulgaire pour tous les cas (comp. Duranton, t. IX, n° 702; Poujol, art. 1082, n° 11; Troplong, t. IV, n° 2357; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 256 et 271; Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 *bis*, V.)

330. — Duranton ajoute que la vocation des enfants doit également s'ouvrir, *si l'époux donataire est indigne de succéder au donateur* (t. IX n° 702; ajout. Poujol, art. 1082, n° 11.)

Mais comment donc?

L'article 959 déclare, au contraire, que les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (*supra*, n° 258.)

L'objection est tranchante !

Notre savant collègue, à qui elle a été faite, a néanmoins répondu que, *quant aux institutions contractuelles, ce n'est point par vice de révocation, dans les termes de l'article* 955, *que le donataire est écarté, et que c'est pour cause d'indignité, dans les termes de l'article* 727 (*loc. supra cit.*, n° 702 *bis.*)

Mais l'article 727 ne s'applique qu'aux héritiers appelés par la loi ; or, l'institué contractuel est un successeur appelé par la volonté de l'homme, c'est-à-dire qu'il est un donataire par contrat de mariage ; donc, c'est évidemment l'article 959 qu'il faut appliquer !

Et quand Duranton se récrie contre l'immoralité qu'il y aurait au spectacle d'un enfant, institué contractuellement par son père, et qui, après avoir été écarté de sa succession comme héritier pour cause d'indignité, recueillerait nénamoins cette succession comme donataire, nous ne nierons pas que l'on peut en ressentir une certaine émotion ! mais il faut répondre que, en frappant l'héritier, on est toujours sûr de n'atteindre que lui ; tandis que, en frappant le donataire par contrat de mariage, on peut atteindre l'autre époux qui a compté, on se mariant sur l'efficacité de cettte institution (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Institut. contract.*, § 13, n° 7 ; Coin-Deslisle, art. 1082, n° 43 ; Bonnet, t. II, n° 270.)

551. — L'institué peut, après le décès de l'instituant, comme le pourrait un héritier légitime, accepter ou répudier le bénéfice de l'institution.

Et s'il accepte, il le peut faire, soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire (arg. des art. 774 et 775.)

Mais comment peut-il renoncer, puisqu'il a déjà accepté dans le contrat de mariage ?

Sans doute il a accepté ; et nous supposerons même, si l'on veut, une acceptation expresse de sa part.

Mais précisément ce qu'il a accepté, c'est, disait très-

bien Boucheul, *la faculté d'être héritier, s'il le veut!* (*Des convent. de succéder*, chap. XXX, n° 27.)

L'institution contractuelle n'est pas, en effet, autre chose; et nos articles 1084, 1085 et 1086, en témoignent textuellement! (Comp. Toulouse, 15 avril 1842, de Montlaur, Dev., 1843, II, 385; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 12, n° 4.)

332. — Lebrun, toutefois, faisait, dans notre ancien droit, une exception à cette règle, pour le cas où une personne avait institué contractuellement, en lui imposant certaines charges, le fils unique ou l'unique parent, qui devait recueillir sa succession ab intestat.

« Je n'estime pas, disait-il, qu'en ce cas il soit permis à l'héritier présomptif de déclarer qu'il accepte la succession, non en vertu de l'institution, mais par droit du sang et ab intestat, parce qu'il y aurait dol dans la conduite de cet héritier, d'avoir lié les mains au donateur par l'acceptation de son institution contractuelle, qui l'empêchait de disposer par testament, et de s'aviser, après cela, de renoncer à l'institution même et de vouloir venir ab intestat, afin de se dispenser de la condition; ce qui est précisément contre l'Édit *si quis omissâ causâ testamenti.* » (*Des successions*, liv. III, chap. II, n° 40.)

Il y aurait là, en effet, un acte de déloyauté et un danger contre lequel nous avons vu le législateur se prémunir dans une occurence à peu près semblable (comp. le tome V de ce Traité, n° 543; Bonnet, t. II, n° 456).

Et, toutefois, il serait prudent, de la part de l'instituant, de le prévenir lui-même, en faisant une disposition, au préjudice de son héritier légitime, pour le cas où son héritier institué repousserait l'institution (comp. le tome V précité, n° 96).

332. — Ce qui est certain, c'est que l'institué ne pourrait pas accepter pour partie et répudier pour partie.

C'était l'ancienne doctrine, qui avait même été con-

sacrée par un arrêt du Parlement de Toulouse du 20 juin 1749 (*voy*, Lebrun, *loc. supra cit.*, n° 20; Furgole, sur les art. 13 et 17 de l'Ordonn. de 1731).

Et c'est encore cette doctrine, très-conforme aux principes, qui résulte de nos articles 1082, 1084 et 1085, en tant qu'il ne s'agit, bien entendu, que d'une pure donation de biens à venir.

334. — C'est une question controversée que celle de savoir si l'institué est tenu de former une demande en délivrance contre les héritiers de l'instituant, de sorte qu'il n'aurait droit aux fruits ou intérêts des biens compris dans l'institution, et qu'il ne pourrait former, contre les tiers, aucune action relative à ces biens, que du jour de cette demande, ou du jour où la délivrance lui aurait été volontairement consentie.

La négative était certaine dans notre ancien droit.

« L'héritier contractuel étant un vrai héritier, lorsqu'il accepte la succession, disait Pothier, il est censé saisi, de même que tout autre héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant, suivant la règle : *le mort saisit le vif;* et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent, sans en demander aucune délivrance. » (Introduct. au titre XVII de la cout. d'Orléans, n° 23.)

Boucheul attestait de même que « l'institué n'est pas obligé de demander la délivrance des biens compris dans son institution, mais en peut prendre la possession comme saisi de droit. » (*Des conventions de succéder*, chap. XXIX, n°s 21-2).

C'est-à-dire que l'héritier contractuel jouissait de la saisine héréditaire légale, comme l'héritier légitime; et telle était, en effet, le texte formel de plusieurs coutumes (de Bourbonnais, art. 219; d'Auvergne, tit. XIV; de Nivernais, chap. XXVII, art. 12, etc.).

Mais, sous notre Code, plusieurs systèmes différents paraissent s'être produits; on peut en compter jusqu'à quatre!

A. Le premier consisterait à dire que l'institué contractuel jouit encore aujourd'hui, comme autrefois de la saisine héréditaire légale (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 10, n° 2 et § 11, n° 2; Chabot, *des Successions*, art. 724, n° 14).

Mais cela paraît bien impossible, en présence de l'article 724, qui n'accorde cette saisine qu'aux héritiers légitimes; d'autant plus que notre Code, finalement, n'appelle pas le donataire de biens à venir de son ancien nom d'*héritier institué* (comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 141).

B. C'est bien là ce que proclame le second système, pour en déduire cette conséquence, que les institués contractuels ne peuvent être, en ce point, assimilés qu'à des légataires, et que dès lors il faut leur appliquer les articles 1004, 1006, 1011, et 1014, qui décident dans quels cas les légataires sont tenus ou dispensés de demander la délivrance de leurs legs (comp. Duranton, t. IX, n°s 719-720; Belost-Jolimont, sur Chabot, *loc. supra cit.*, Observat. I).

C. D'après le troisième système, qui est celui de M. Colmet de Santerre, cette assimilation même des institués contractuels avec les légataires est inadmissible; et l'institué contractuel, ou plutôt le donataire de biens à venir serait, dans tous les cas, tenu de demander la délivrance aux héritiers du donateur, dans tous les cas, c'est-à-dire lors même qu'il s'agirait d'un donataire universel et qu'il n'y aurait pas d'héritiers à réserve, sans qu'il pût invoquer l'article 1006, qui porte que, dans ce dernier cas, le légataire universel est saisi de plein droit. « *Comme cet article*, dit notre savant collègue, *déroge au droit général des héritiers, consacré par l'article* 724, *il ne doit pas être étendu hors de ses termes, qui s'appliquent seulement aux legs et non aux donations.* » (IV, n° 256 *bis*, V.)

D. Nous n'admettons, pour notre part, aucun de ces systèmes; et voici celui que nous proposons :

D'abord, s'il s'agit d'un donataire universel, et que le donataire ne laisse pas d'héritiers à réserve, nous appliquerons l'article 1006; car il nous paraît bien difficile d'admettre, comme M. Colmet de Santerre, que cette saisine légale, qui est accordée à un simple légataire, soit refusée à un donataire, dont le titre est contractuel! ne serait-ce pas là une contradiction, surtout quand on se rappelle que notre ancien droit coutumier, qui refusait la saisine aux légataires, l'accordait, au contraire, aux donataires institués contractuellement! (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 267.)

Quant aux autres donataires, soit universels, lorsqu'il y a des héritiers à réserve, soit à titre universel ou à titre particulier, nous ne pensons pas, en effet, qu'ils jouissent de la saisine légale; mais de là il ne résulte pas, suivant nous, qu'ils soient tenus de former une demande en délivrance, pour avoir droit aux fruits et pour pouvoir exercer, contre les tiers, les actions relatives aux biens compris dans l'institution; s'ils n'ont pas, en effet, la saisine légale, ils ont la saisine contractuelle, qui est différente, et bien plus encore, qui est plus forte et qui l'emporte sur l'autre! car nous avons remarqué que la saisine héréditaire légale ne s'applique pas « aux biens sur lesquels le défunt lui-même n'avait qu'un droit, qui devait, par l'effet de son prédécès, se résoudre ou se transmettre au profit d'un tiers. » (Comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 140.)

Nous croyons que telle est, en effet, la pratique généralement suivie et, que l'on se borne, dans l'intérêt des donataires de biens à venir, à faire aux héritiers du donateur une simple sommation, afin qu'ils aient à délaisser les biens compris dans l'institution; ce qui n'empêche pas les donataires, dès avant cette sommation, de pouvoir exercer, contre les tiers, toutes les actions, soit possessoires, soit pétitoires, relatives à ces biens, et d'avoir droit aux fruits dès le jour de l'ouverture de la succession.

Faudrait-il excepter le cas où la donation ayant seulement pour objet une somme fixe à prendre sur les biens de la succession du donateur, le donataire semblerait n'être qu'un créancier, auquel l'article 1153 deviendrait applicable? cette concession pourrait être faite sans compromettre le principe (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*); et encore nous paraît-elle contestable (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 616; et notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit* et t. II, n° 637; Tribun. civ. de la Seine, 27 févr. 1833, Dev., 1833, II, 643; Toulouse, 28 janv. 1843, Roquefort Dev., 1843, II, 194; Troplong, t. IV, n° 2366; Bonnet, t. II, n°s 460-461).

335. — L'institué peut d'ailleurs former, contre les héritiers, une action en partage, dans le cas, qui est le plus ordinaire, où la donation s'applique à une quote-part de l'universalité de la succession.

336. — Et son droit est certainement aussi de réclamer, contre les tiers détenteurs, ceux des biens compris dans l'institution, qui leur auraient été transmis par l'instituant, au delà des limites fixées par l'article 1083.

De quel nom qualifier cette action de l'institué contre les tiers? — en nullité? — ou en restitution?

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, lui donnent cette dernière qualification, qui nous paraît, en effet, exacte, parce que l'institué, à l'instar de l'héritier réservataire, n'a pas à demander la nullité ou la rescision d'un acte qui lui est étranger; il demande la restitution du bien, comme l'héritier réservataire demande la réduction, par ce motif que le bien, en ce qui le concerne, est réputé légalement n'avoir pas pu sortir du patrimoine du disposant.

De cette assimilation, il résulte :

1° Que cette action en restitution est réelle, et qu'elle entraîne l'anéantissement de toutes les aliénations, servitudes ou hypothèques, qui auraient pu être consenties par les tiers détenteurs (arg. des art. 929-930);

2° Qu'elle ne s'ouvre qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession;

3° Qu'elle dure trente ans, aux termes de l'article 2262, sauf l'application de l'article 2265 en ce qui concerne les tiers-acquéreurs d'immeubles, avec titre et bonne foi, et aussi de l'article 2279, en ce qui concerne les acquéreurs de meubles (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 268-269; Bonnet, t. II, n° 445).

337. — Quant au payement des dettes et charges de la succession, les institués en sont tenus dans les mêmes cas et de la même manière que les légataires; car, à ce point de vue la position des uns et des autres est tout à fait la même; et il serait impossible d'y apercevoir, juridiquement, aucun motif de différence.

Aussi est-on généralement d'accord sur cette règle (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.* § XI, n° 2; Duranton, t. IX, n° 721; Troplong, t. IV, n° 2365; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis*, VI-VII; Bonnet, t. II, n°s 491 et suiv.).

Et maintenant, dans quels cas et de quelle manière les légataires sont-ils tenus des dettes de la succession du testateur?

Cette thèse est elle-même controversée sans doute; mais nous l'avons exposée déjà avec assez d'étendue pour qu'il nous suffise de nous y référer.

Nous nous bornerons donc à dire qu'il résulte des principes que nous avons posés, en ce qui concerne les légataires :

1° Que l'institué n'est pas tenu des dettes, quand l'institution porte seulement sur un ou plusieurs objets particuliers (art. 874, 1020);

2° Qu'il en est, au contraire, tenu, quand l'institution porte sur l'universalité ou sur une quote-part de l'universalité et qu'il est alors tenu personnellement, c'est-à-dire directement envers les créanciers, et *ultra vires*, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire (art. 871,

1009, 1012; comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 37; et le tome IV de ce *Traité*, n° 568; Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. II, n°s 7 et 41; de Laurière, chap. II, n° 8, et chap. IV, n° 125).

338. — Nous ne parlons pas des legs, dont l'acquittement, en principe, n'est pas à la charge de l'institué.

Il faut, toutefois, excepter les legs modiques, qui auraient été faits dans les termes de l'article 1083, et que l'institué, en effet, devrait acquitter, suivant les cas, soit intégralement, soit par contribution avec les héritiers ab intestat ou les autres successeurs universels de l'instituant (arg. des act. 1084 et 1085).

339. — Nous venons d'exposer les effets de l'institution contractuelle, qui s'ouvre.

Est-il besoin de parler maintenant de l'institution contractuelle, qui devient caduque?

Cela est très-simple! elle ne s'ouvre pas, c'est-à-dire qu'elle est à considérer comme non avenue et comme si elle n'avait jamais été faite (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 297).

D'où il suit que les biens auxquels elle s'appliquait, demeurant dans la succession ab intestat, ne sont pas imputables sur la quotité disponible.

Et, par conséquent aussi, la caducité profite aux donataires postérieurs ou aux légataires, en ce sens qu'elle rend efficaces les dispositions faites à leur profit, qui auraient pu être, au contraire, inefficaces, si l'institution se fût ouverte, en tant qu'elles auraient porté atteinte aux droits de l'institué ou de l'héritier réservataire.

340. — Cette dernière proposition est d'évidence; et elle n'a pas été contestée, lorsque la caducité de l'institution résulte du prédécès de l'époux donataire et de sa postérité.

Mais on a prétendu qu'il devait en être autrement, lorsque la caducité résulte de la renonciation des institués, et que, dans ce cas, le bénéfice de l'institution de-

vait accroître aux héritiers ab intestat, à l'exclusion des donataires postérieurs et des légataires ; et à l'appui de cette doctrine, on a invoqué l'article 786, qui porte que la part du renonçant accroît à ses cohéritiers.

Cela nous paraît si impossible, que nous éprouvons quelque embarras à entreprendre une réfutation; et nous nous bornerons à citer ce motif d'un arrêt de la Cour d'Agen :

« Attendu que, dans cette espèce, la renonciation ne « peut être considérée comme la répudiation d'un héritier « légitime, qui profite aux autres cohéritiers légitimes, « ou, à défaut, au degré subséquent; *qu'ici, c'est la re-* « *nonciation d'un étranger à la succession, qui rend toute sa* « *force et toute son efficacité à une disposition, que seule* « *elle pouvait empêcher de sortir à effet; qu'il en est, dans* « *cette hypothèse, comme d'un testament postérieur, qui se-* « *rait annulé, ou auquel le légataire universel aurait renoncé,* « *et qui rendrait toute validité à un testament antérieur, qui* « *n'aurait pas été révoqué.* »

Ces arguments sont décisifs !

Renonciation ou prédécès, qu'importe, en effet ! l'institution est caduque, elle n'a jamais existé ni pu produire aucun effet (comp., Toulouse 15 avril 1842, de Montlaur, Dev., 1843, II, 385 ; Cass., 20 déc. 1843, mêmes parties, Dev., 1844, I, 214 ; Agen, 5 fév. 1844, Neuville ; et 22 avril 1844, Clarac, Dev., 1844, II, 345 et 391 ; Riom, 6 mai 1846, Terrasse, Dev., 1846, II, 397 ; Cass., 15 mai 1866, Darreaux, le *Droit* du 16 mai 1866 ; Benech, *De la quotité disponible entre époux*, p. 472-475 ; Troplong, t. IV, n° 2356 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 272-273 ; Bonnet, t. II, n° 458).

III.

De la donation cumulative des biens présents et à venir.

SOMMAIRE.

341. — La donation des biens présents et à venir est une variété et un perfectionnement de la donation des biens à venir.
342. — Exposition historique.
343. — Suite.
344. — Il faut distinguer s'il a été annexé à l'acte de donation un état des dettes et charges du donateur, à l'époque de la donation, ou si cet état n'a pas été annexé.
345. — Du cas où l'état des dettes et charges du donateur existantes à l'époque de la donation, n'a pas été annexé à l'acte.
346. — Du cas où l'état des dettes et charges du donateur existantes à l'époque de la donation, a été annexé à l'acte.
347. — Suite.
348. — Suite.
349. — Des effets de la donation cumulative des biens présents et à venir. — *a.* De ses effets pendant la vie du donateur.
350. — Suite.
351. — *b.* Des effets de la donation cumulative des biens présents et à venir, lors du décès du donateur.
352. — Suite. — Les enfants issus du mariage peuvent-ils aussi, à défaut de l'époux donataire en premier ordre, opter pour les biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur?
353. — Suite. — *Quid*, si les enfants ne s'accordaient pas sur le parti qu'il convient de prendre?
354. — Du cas où le donateur opte pour l'exécution intégrale de la donation. Est-il tenu des dettes? — et dans quelle proportion?
355. — Suite. — En est-il tenu personnellement et *ultra vires?*
356. — Le donataire des biens présents et à venir peut-il varier dans son choix? — Répudier après avoir accepté? — Accepter après avoir répudié? — Ou opter pour les biens présents, après avoir tout accepté?
357. — Suite.
358. — Du cas où l'époux donataire, ou, à son défaut, ses enfants optent pour les biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.
359. — De l'état des dettes et charges du donateur, existantes à l'époque de la donation, qui doit être annexé à l'acte.
360. — Suite.
361. — Suite.
362. — Suite.
363. — Faut-il joindre aussi à l'acte un état estimatif des meubles présents, conformément à l'article 948? — et la donation doit-elle être transcrite, quant aux immeubles présents, conformément à l'article 939?
364. — Observation sur l'importance de la rédaction des contrats de

mariage, et des formules qui y sont employées pour caractériser les diverses donations, qui peuvent y être faites.
365. — Le donateur pourrait-il restreindre sa donation aux seuls biens à venir, à l'exclusion de ses biens présents?

541. — Voici en quels termes les articles 1084 et 1085 définissent le caractère et les effets de cette troisième espèce de donation.

Article 1084 : « La donation par contrat de mariage « pourra être faite cumulativement des biens présents et « à venir en tout ou en partie, à la charge qu'il sera « annexé à l'acte un état des dettes et charges du dona- « teur, existantes au jour de la donation ; auquel cas, il « sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de « s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus « des biens du donateur. »

Article 1085 : « Si l'état, dont est mention au précé- « dent article, n'a point été annexé à l'acte contenant « donation des biens présents et à venir, le donataire « sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation « pour le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra récla- « mer que les biens qui se trouveront existants au jour « du décès du donateur ; et il sera soumis au payement de « toutes les dettes et charges de la succession. »

Il faut ajouter l'article 1089, qui porte que :

« Les donations faites à l'un des époux, dans les termes « des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront « caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à « sa postérité. »

Après les développements que nous venons de consacrer à l'étude de la donation des biens à venir, nous pourrons être bref sur la donation cumulative des biens présents et à venir.

La raison en est simple.

C'est que la donation cumulative des biens présents et à venir n'est elle-même qu'une variété ou plutôt qu'un perfectionnement de la donation des biens à venir.

D'où il suit que, sauf la spécialité dans laquelle consiste ce perfectionnement, elle est régie par les mêmes règles qui régissent la donation des biens à venir.

342. — Tel nous paraît être, en effet, le caractère aujourd'hui nettement dessiné de la donation cumulative.

Nous devons dire, toutefois, qu'il a été, au contraire, très-incertain, dans notre ancienne jurisprudence; et c'est là même peut-être une des rencontres dans lesquelles le combat a été le plus vif entre les idées romaines des pays de droit écrit et les idées françaises des pays coutumiers.

Les représentants des deux législations rivales s'accordèrent d'abord à reconnaître que la donation cumulative ne formait qu'une seule donation comprenant, en même temps, les biens présents et les biens à venir.

Mais de cette commune prémisse, ils déduisirent des conséquences toutes contraires!

Dans les pays de droit écrit, on disait :

La donation comprend *les biens à venir* comme *les biens présents*, et de la même manière; or, les biens présents sont donnés actuellement, de sorte que le donateur est immédiatement dessaisi et doit en faire la délivrance au donataire, s'il ne s'en est pas réservé l'usufruit; donc, les biens à venir sont aussi donnés actuellement; et le donateur en devra faire la délivrance au donataire, au fur et à mesure des acquisitions; d'où il suit que le donataire a, dans tous les cas, droit aux uns et aux autres sans distinction ni division (comp. de Laurière, *Inst. cout.*, chap. IV, n° 64-67; Boucheul, *des Convent. de succéder*, chap. I, n° 28).

A quoi l'on répliquait, dans les pays coutumiers :

La donation comprend *les biens présents* comme *les biens à venir*, et de la même manière; or, les biens à venir ne sont donnés, comme dans l'institution contractuelle, que pour l'époque du décès du donateur, sous la condition de la survie du donataire, et sans qu'il puisse accepter pour

partie et répudier pour partie; donc, il en est alors de même des biens présents; d'où il suit que le donataire n'est pas plus saisi des uns que des autres, et qu'il doit, lors du décès du donateur, les accepter tous ou les répudier tous, sans distinction ni division; et voilà comment Ricard écrivait que « *la donation de tous biens présents et à venir ne diffère presque que de nom de l'institution contractuelle d'héritier*, *comprenant l'une et l'autre les mêmes biens*. » (*Des Donations*, Part. I, chap. IV, section II, n° 1063; ajout. Lebrun, *des Successions*, liv. IV, chap. II, sect. II, n°s 32 et suiv.)

C'est-à-dire que les pays de droit écrit, dans leur aversion déclarée pour les institutions d'héritier par contrat, transformaient en une donation universelle *de biens présents*, cette donation qui comprenait non-seulement les biens présents, mais encore les biens à venir;

Tandis que les pays coutumiers, dans leur aversion non moins déclarée pour les donations entre-vifs de biens à venir, transformaient en une donation universelle de *biens à venir*, cette donation, qui comprenait non-seulement les biens à venir, mais encore les biens présents.

Dans le premier cas, les biens présents absorbaient les biens à venir; et c'était, dans le second cas, les biens à venir qui absorbaient les biens présents!

Mais, évidemment, ni dans l'un ni dans l'autre, ce n'était la véritable interprétation de cette espèce de donation.

On finit, de part et d'autre, par le reconnaître; mais la lutte n'en fut point, pour cela, terminée; elle ne fit que changer de terrain.

Et après être demeuré d'accord qu'il fallait tenir compte des deux éléments, dont se composait cette donation cumulative, le combat recommença sur les conséquences qu'il fallait déduire de cette nouvelle et commune prémisse.

Cela fait deux donations distinctes et indépendantes

l'une de l'autre, s'écrièrent alors les représentants des principes romains : l'une, de biens présents; l'autre, de biens à venir; et chacune d'elles doit être, en conséquence, soumise aux règles qui lui sont propres; d'où il suit que la donation, disait Furgole, *est parfaite à l'égard des biens présents, et qu'elle doit être exécutée d'abord, s'il n'y a quelque clause qui en suspende l'effet, comme la réservation d'usufruit; mais pour les biens à venir, elle n'est parfaite que par la mort du donateur; et jusqu'à ce temps-là, son exécution est suspendue* (sur l'art. 17 de l'Ordonn. de 1731; ajout. Henrys, t. II, liv. IV, *Quest.* 183; Nouveau Denizart, v° *Donation par contr. de mar.*, § IV).

C'est à quoi les représentants des principes français répliquaient encore que, si la donation cumulative comprend, en même temps, les biens présents et les biens à venir, elle n'en forme pas moins, dans ses conditions d'existence substantielles et primordiales, une seule donation faite cumulativement des uns et des autres; — que c'est la dénaturer complétement que *de la couper en deux*; que la division, dont elle est susceptible, est uniquement relative au mode d'exécution, et qu'elle consiste dans la faculté d'option offerte au donataire entre les biens présents seulement et les biens présents et à venir ensemble; d'où ils concluaient que cette option ne pouvant être exercée, relativement aux biens à venir, qu'après le décès du donateur, l'effet tout entier de la donation se trouve nécessairement ajourné et suspendu jusqu'à l'époque de ce décès.

Pothier a très-bien résumé ce dernier état de la doctrine française : « On peut, disait-il, donner par contrat de mariage ses biens à venir; *on peut aussi donner ses biens présents et à venir; et il est au choix du donataire*, LORS DE LA MORT DU DONATEUR, *de prendre la donation en entier, en se chargeant de toutes les dettes du donateur, tant faites depuis qu'avant la donation, ou de se restreindre aux biens qu'avait le donateur, lors de la donation, pour se décharger des*

dettes faites depuis. » (Introduct. au tit. xv de la Cout. d'Orléans, n° 26 ; ajout. Brodeau, sur Louët, lettre D, somm. 69, n°s 3-4).

343. — Telle était, sur cette thèse, l'attitude des divers systèmes qui se trouvaient en présence, lorsque l'Ordonnance de 1731 l'a tranchée, par son article 17, en ces termes :

« Voulons néanmoins que les donations faites par contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendants.... puissent comprendre tant les biens à venir que les biens présents, en tout ou en partie ; auquel cas, il sera au choix du donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens, qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant seulement les dettes et les charges existantes audit temps. »

A laquelle des deux cet article donnait-il raison : de la doctrine romaine des pays de droit écrit, ou de la doctrine française des pays coutumiers ?

M. Troplong pense que l'Ordonnance *s'est abstenue de se prononcer pour l'une plutôt que pour l'autre* (t. IV, n° 2390).

Nous ne saurions le croire ainsi, en présence de son texte même ; et il nous paraît qu'elle avait consacré la doctrine des pays coutumiers.

Il est vrai que la lutte n'en continua pas moins, même depuis l'Ordonnance ; et nous venons de voir, en effet, que c'est sur cet article même, que Furgole professait que la donation cumulative renferme, dès l'origine, deux donations distinctes : l'une, des biens présents ; l'autre, des biens à venir.

Mais ceci ne serait-il pas une preuve des préoccupations presque passionnées, qui animaient cette lutte, plutôt encore que de l'obscurité de l'Ordonnance ?

Tel serait notre sentiment (comp. Bonnet, t. II, nos 518-519).

344. — Il est d'ailleurs évident que l'article 1084 a été emprunté à cet article 17, qu'il reproduit en partie (*voy.* pourtant, *infra*, n° 351).

Les rédacteurs de notre Code y ont ajouté toutefois une condition, que la pratique ancienne employait déjà, et dont Rousseau de la Combe avait exprimé le vœu (sur l'art. 17 de l'Ordonnance) : c'est qu'il sera annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation, afin de faciliter, lors du décès du donateur, l'option du donataire, et d'éviter la nécessité de preuves difficiles, d'où résultaient *des procès sans nombre et qu'un long intervalle de temps rendait souvent inextricables.* (*Exposé des motifs*, Locré, *Législat. civ.*, t. XII, p. 569.)

Et de là une distinction nouvelle sur cette espèce de donation :

Ou l'état des dettes et charges existantes au jour de la donation a été annexé à l'acte ; c'est le cas prévu par l'article 1084 ;

Ou il n'a pas été annexé ; c'est le cas prévu par l'article 1085.

345. — Écartons de suite celui-ci, qui ne saurait offrir de difficulté.

Il résulte, en effet, de l'article 1085 que la prétendue donation des biens présents et à venir n'est alors à considérer que comme une pure donation des biens à venir.

Et rien n'est plus logique.

La donation cumulative des biens présents et à venir est elle-même une donation de biens à venir ; voilà son caractère fondamental et dominant ; seulement, c'est une donation de biens à venir, avec une garantie de plus ; et cette garantie consiste en ce que, lors du décès du donateur, c'est-à-dire à l'époque où toute donation de biens à venir peut seulement s'ouvrir, le donataire aura un droit

d'option entre les biens existants à l'époque de la donation, et les biens existants à l'époque du décès ;

Or, à défaut de l'état des dettes, le donataire n'a pas cette option ; et il est obligé de tout accepter ou de tout répudier sans distinction ni division ;

Donc, la donation conserve, alors, tout naturellement, son caractère de simple donation de biens à venir.

C'est ce qui peut expliquer pourquoi l'article 1085 n'est pas rappelé dans l'article 1089, qui déclare que la donation de biens à venir, faite dans les termes des articles 1082, 1084 et 1086, est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité; c'est que l'hypothèse de l'article 1085 rentre alors tout à fait dans celle de l'article 1082.

Mais certainement du moins, y a-t-il alors une donation de biens à venir !

Et de ce que l'article 1085 porte que, en cas d'acceptation, le donataire *ne pourra réclamer que les biens, qui se trouveront existants au jour du décès du donateur,* il ne faudrait pas conclure qu'il ne pourra pas réclamer les biens, dont le donateur aurait disposé à titre gratuit, au delà des limites fixées par l'article 1083 !

Ces mots de l'article 1085 n'ont pour but que de faire voir que les biens présents et les biens à venir, désormais irréparablement confondus, ne formeront, lors du décès du donateur, qu'une seule masse héréditaire, qu'il faudra accepter ou répudier tout entière.

Mais la donation demeure toujours, d'après cet article lui-même, une donation de biens à venir, qui confère au donataire tous les droits, qui résultent de cette espèce de donation; pas plus ! c'est vrai ; mais certainement aussi pas moins! (Comp. *infra,* n° 352 ; Grenoble, 19 janv. 1847, Baquillon, Dev., 1848, II, 144 ; Colmet de Santerre, t. II, n° 258 *bis*, I.)

346. — Supposons maintenant que l'état des dettes et charges existantes au jour de la donation a été annexé à l'acte.

Quel est aujourd'hui le caractère de cette donation cumulative des biens présents et à venir? et quels sont ses effets?

Toutes les questions particulières, qui peuvent s'élever sur ce point, se résument en une question générale, à savoir :

Cette donation cumulative n'est-elle que la réunion et *la somme* des deux autres? et faut-il y voir deux donations distinctes : l'une, des biens présents; l'autre, des biens à venir; dont chacune serait soumise aux règles qui lui sont propres?

Ou n'y a-t-il, au contraire, qu'une seule donation, dont l'effet spécial consisterait seulement en ce que le donataire, à l'époque du décès du donateur, pourrait opter entre l'état de la fortune à l'époque de la donation et l'état de la fortune à l'époque du décès?

C'est, comme on voit, la même question, qui était si fort débattue autrefois entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers (*supra*, n° 342).

Quelques jurisconsultes, en petit nombre, il est vrai, deux seulement, à notre connaissance, Delvincourt (t. II, p. 106), et Guilhon (t. II, n° 903)[1], ont soutenu encore, sous l'empire de notre Code, l'ancienne thèse des pays de droit écrit, d'après laquelle la donation cumulative des biens présents et à venir formerait deux donations distinctes : l'une, des biens présents; et l'autre, des biens à venir.

Or, si cette thèse était exacte, les conséquences en seraient très-graves! il en résulterait notamment, quant aux biens présents :

1° Que le donateur serait, dès actuellement, dessaisi de la propriété et de la jouissance, et qu'il serait tenu de les délivrer de suite au donataire, qui devrait de suite aussi payer les droits de mutation;

1. Grenier, qui l'avait aussi professée d'abord, l'a ensuite abandonnée (T. III, n° 434).

2° Que la survie du donataire ne serait pas nécessaire, puisque le droit lui serait acquis ;

3° Que cette donation ne pourrait pas être faite au profit des enfants à naître (art. 1081).

347. — Mais il faut tenir pour inexactes et la thèse elle-même, et toutes les déductions qui en dériveraient!

Assurément, rien ne s'oppose à ce qu'une personne fasse, dans le même contrat de mariage, deux donations distinctes : l'une, de ses biens présents ; l'autre, de ses biens à venir.

Et si, en effet, c'est là ce que le donateur a voulu faire, il est incontestable que la réunion et la juxtaposition de ces deux donations, dans le même contrat de mariage, ne changeront la nature ni de l'une ni de l'autre; et que la donation de biens présents vaudra, en effet, comme une donation de biens présents, et la donation de biens à venir aussi comme une donation de biens à venir; l'une et l'autre demeurant séparément soumises aux règles qui lui sont propres (comp. Cass., 18 mai 1835, Lemonnier, Dev., 1835, I, 862; Cass., 30 janv. 1839, Maubert, Dev., 1839, I, 443).

Oui, cela est vrai; et on aura, dans ce cas, deux donations : l'une, régie par l'article 1081 ; l'autre, régie par l'article 1082.

Mais ni l'une ni l'autre ne sera régie par l'article 1084, en dehors duquel elles se trouveront toutes les deux.

348. — Très-différente est la donation cumulative des biens présents et à venir, organisée par l'article 1084!

Cette donation est *une*, quoique complexe; de sorte que, *même relativement aux biens présents*, il faut dire :

1° Que le donateur n'est actuellement dessaisi ni de la propriété ni de la jouissance;

2° Que la donation est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité;

3° Qu'elle peut être faite et qu'elle est même, de plein

droit, présumée faite au profit des enfants à naître du mariage.

Trois conséquences diamétralement contraires à celles qui résultent de l'autre doctrine ! (*supra*, n° 346.)

C'est que, en effet, la donation cumulative des biens présents et à venir, est, d'abord et avant tout, une institution contractuelle, par laquelle le donateur entend appeler le donataire à recueillir, après sa mort, tous les biens qu'il laissera, à cette époque, ses biens présents comme ses biens à venir.

Seulement, c'est une institution contractuelle perfectionnée ; et voici en quoi ce perfectionnement consiste :

C'est que, lors du décès du donateur, le donataire, mis en présence de la succession, ne sera pas obligé, comme dans la simple donation des biens à venir, de l'accepter tout entière, ou de la répudier tout entière, et qu'il pourra opter pour les biens qui appartenaient au donateur lors de la donation, et répudier ceux qu'il aura acquis depuis.

Accepte-t-il tous les biens sans division ni distinction? la donation cumulative *demeure* ce qu'elle était, une donation de biens à venir.

Et ce n'est qu'autant que le donataire distingue et divise, qu'il s'opère alors une transformation du caractère de cette donation des biens à venir en une donation des biens présents, c'est-à-dire de ceux qui appartenaient au donateur, lorsqu'elle a été faite.

Mais on voit que cette *divisibilité* de la donation ne commence qu'*après* le décès du donateur ; et il est évident qu'elle ne peut pas commencer *avant !* puisque *avant*, son caractère principal et prédominant était celui d'une donation de biens à venir, et que la faculté d'opter entre les biens présents et *la succession tout entière*, faculté purement subsidiaire et accessoire, implique irrésistiblement l'ouverture de la succession !

Voilà l'exacte appréciation du caractère de la donation

cumulative des biens présents et à venir; l'appréciation qui résulte, soit de l'intention des parties, sainement interprétée, soit des textes mêmes de notre Code, qui la consacrent :

1° Le danger, pour le donataire, de la simple donation des biens à venir, c'est que le donateur, qui est riche à l'époque du contrat de mariage, ne le soit plus à l'époque de son décès, et que la fortune qu'il avait d'abord ne se trouve ensuite perdue par lui, dans des opérations aventureuses, industrielles ou autres. Il s'agissait donc de trouver un remède contre ce danger, c'est-à-dire une combinaison, qui, sans dépouiller actuellement le donateur de ses biens présents, les assurât du moins éventuellement et subsidiairement au donataire, pour l'époque de son décès; or, c'est précisément cette combinaison, que réalise la donation cumulative des biens présents et à venir.

Le donateur est censé dire au donataire :

« Je veux bien vous assurer ma fortune actuelle, mais « non pas actuellement! car je n'entends pas me dépouil- « ler moi-même, mais seulement pour l'époque de mon « décès, afin que, si vous me survivez, vous ou vos en- « fants, vous puissiez réclamer les biens que j'ai actuel- « lement, tout en répudiant le reste de ma succession. »

C'est-à-dire que loin de vouloir faire deux donations distinctes : l'une, de biens présents; l'autre, de biens à venir, les parties ne veulent en faire qu'une seule; et cette donation unique, en effet, ne sera jamais l'une et l'autre, mais seulement toujours l'une ou l'autre!

2° Voilà ce qui résulte aussi de nos textes.

Est-ce que les articles 1084 et 1085 ne seraient pas tout à fait inutiles, dans le système contraire? assurément! car il n'était pas besoin de décréter des articles pour dire que l'on pourrait faire, dans le même contrat de mariage, deux donations distinctes : l'une, de biens présents; l'autre, de biens à venir! Il y a plus; ces arti-

cles seraient inexplicables, en tant qu'ils soumettraient l'option du donataire à la condition qu'un état de dettes et charges du donateur, existantes à l'époque de la donation, aura été dressé; car, entre ces deux donations très-distinctes, quoique juxtaposées : l'une, de biens présents; l'autre, de biens à venir, la faculté d'option appartient au donataire, d'après le droit commun et indépendamment de toute condition de ce genre ! (*supra*, n° 347.)

Aussi, ces articles n'ont-ils en vue qu'une seule donation :

« *La donation,* dit l'article 1084, pourra être faite *cumulativement* des biens présents et à venir. »

Et, pour les uns comme pour les autres, pour les biens présents comme pour les biens à venir, cet article décide que c'est seulement, *lors du décès du donateur*, que le donataire pourra exercer les droits qu'elle lui confère;

D'où l'article 1089 déduit, par sa relation à l'article 1084 lui-même, cette conséquence aussi, pour les biens présents comme pour les biens à venir, que la donation est caduque par le prédécès de l'époux donataire et de sa postérité.

Et c'est également ce qui résulte de l'article 1093, qui dispose que la donation des biens présents et à venir, faite par l'un des époux à l'autre, n'est pas plus *transmissible* que la simple donation de biens à venir, aux enfants issus du mariage, en cas de prédécès de l'époux donataire; c'est-à-dire qu'elle est caduque pour les biens présents comme pour les biens à venir !

349. — La donation cumulative étant ainsi caractérisée, il nous sera facile d'en apprécier les effets :

Soit pendant la vie du donateur;

Soit à l'époque de sa mort.

a. Pendant sa vie, le donateur conserve la propriété de ses biens présents, comme il conservera la propriété des biens qu'il pourra acquérir dans l'avenir.

Et il peut en conséquence aliéner les uns comme les autres, à titre onéreux; de même que ces créanciers peuvent les saisir sur lui, sans que le donataire ait le droit de s'opposer à l'aliénation ou à la saisie.

Il est vrai que l'aliénation ou l'adjudication pourrait, lors du décès du donateur, n'être pas opposable au donataire, s'il déclare diviser la donation et opter pour les biens présents; et c'est en ce sens seulement, sans doute, que certains auteurs ont écrit que le donateur *ne peut plus aliéner les biens présents* (comp. Toullier, t. III, n[os] 856-857; Duranton, t. IX, n° 736).

Mais cette formule, si elle n'est pas inexacte, est tout au moins équivoque; et il est plus correct de dire que le donateur peut aliéner les biens présents, sous la réserve de la faculté d'option du donataire (comp. Cass., 1[er] déc. 1829, *la Régie de l'Enregistr.*, Dev., 1830, I, 27; Cass., 13 févr. 1830, mêmes parties, Dev., 1830, I, 87; Bordeaux, 19 juill. 1831, Vedrennet, Dev., 1831, II, 341; Troplong, t. IV, n° 3402; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 327-328; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1914-1915; Bonnet, t. II, n° 524).

350. — D'où il suit que le donataire n'acquiert pas plus la propriété des biens présents que celle des biens à venir.

Il n'en doit donc pas encore le droit de mutation (comp. avis du conseil d'État du 22 déc. 1809; Cass., 1[er] déc. 1829, rapporté par MM. Championnière et Rigaud, *des Droits d'enregistr.*, n° 2956; Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, n° 257).

Et aucune aliénation ne saurait être consentie par lui, ni de son titre même de donataire, ni des biens présents pour lesquels plus tard il pourrait avoir le droit d'opter.

M. Bonnet enseigne, toutefois, que les aliénations que le donataire aurait faites, du vivant du donateur, des biens présents, deviendront valables, si, par l'effet de son option, la donation se trouve n'avoir été qu'une donation entre-vifs (t. II, n° 526).

Mais, pourtant, la faculté d'option, qui pourra s'ouvrir, lors du décès du donateur, au profit du donataire, entre les biens présents et les biens à venir, a certainement, tant que le donateur existe, le caractère d'un droit éventuel à sa succession ; et elle ne saurait être exercée, d'aucune manière, avant son ouverture, ni directement, ni indirectement.

Aussi, croirions-nous que tous les traités que le donataire aurait pu faire, avant cette époque, devraient être déclarés nuls, en vertu des articles 791, 1130 et 1600 (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 257 *bis*, VI).

351. — *b.* Lors du décès du donateur, s'ouvre le choix du donataire, qui peut prendre l'un ou l'autre de ces trois partis :

Soit répudier pour le tout;

Soit accepter, pour le tout, le patrimoine tel qu'il se trouve alors;

Soit opter pour l'état du patrimoine, à l'époque de la donation, en répudiant le patrimoine tel qu'il se trouve à l'époque du décès.

L'article 17 de l'Ordonnance de 1731 exprimait les deux derniers partis, entre lesquels le donataire peut choisir (*supra*, n° 343).

L'article 1085 n'exprime, au contraire, que l'un des deux; car il se borne à dire *qu'il sera libre au donataire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur.*

Et si le donataire ne veut pas s'en tenir aux biens présents, quel autre parti pourra-t-il prendre ?

L'article 1084 ne le dit pas explicitement; et on pourrait trouver qu'il est moins complet que l'article 17 de l'Ordonnance.

Mais si notre texte nouveau n'exprime pas, en effet, expressément cet autre parti que le donataire pourra prendre, il le sous-entend de la manière la plus évidente; et nous ajoutons même que sa formule est peut-être plus

conforme que celle de l'ancien article 17, au vrai caractère de la donation des biens présents et à venir, et qu'elle le met ainsi plus en relief.

Le vrai caractère, avons-nous dit, le caractère primordial et prédominant de la donation des biens présents et à venir, c'est celui de la donation de biens à venir elle-même, ou de l'institution contractuelle.

Et, par conséquent, la loi n'avait rien à en dire, sous ce rapport, en tant qu'elle conserve ce caractère.

Ce qui était seulement nécessaire, c'était d'exprimer ce qu'il y a de spécial dans cette donation de biens à venir perfectionnée, et d'indiquer le choix qu'elle confère au donataire, en sus et en outre du droit déjà connu, qui résulte de toute donation de biens à venir.

Voilà ce qu'a fait l'article 1084.

352. — Le même motif explique pourquoi le législateur de notre Code, à la différence encore de l'article 17 de l'Ordonnance, qui mentionnait expressément les *descendants* des époux, n'a pas rappelé que la donation cumulative des biens présents et à venir peut être faite au profit des enfants à naître du mariage, et que même elle est, de plein droit, présumée faite à leur profit.

C'est que cela était écrit déjà dans l'article 1082 pour la donation des biens à venir, et que la donation des biens présents et à venir est elle-même une donation des biens à venir, à laquelle, par conséquent, l'article 1082 est applicable; la preuve en résulte aussi de tous les autres articles (comp. art. 1089 et 1093).

Mais quoi! dira-t-on, est-ce que les enfants à naître sont substitués vulgairement, même en ce qui concerne la partie de la donation, qui pourrait se restreindre aux biens présents? et pourraient-ils, eux aussi, déclarer qu'ils optent pour les biens seulement qui appartenaient au donateur à l'époque de la donation?

Sans aucun doute! et telle est la conséquence nécessaire du principe que nous venons de poser.

La donation cumulative des biens présents et à venir peut être faite, et elle est même présumée faite, à défaut de l'époux, au profit des enfants à naître;

Or, cette donation confère au donataire le droit de s'en tenir aux biens présents, lors du décès du donateur;

Donc, les enfants à naître doivent avoir aussi ce droit; autrement, et si on leur en refusait les avantages, ce serait une ironie de dire que la donation des biens présents et à venir peut être faite à leur profit.

Il ne faudrait pas être arrêté par cette objection que les enfants vont se trouver, par l'effet rétroactif de leur option, avoir été propriétaires des biens présents, dès le jour de la donation, c'est-à-dire qu'ils auront été propriétaires, avant même d'être conçus! et que la donation, ainsi restreinte, n'ayant plus pour objet que les biens présents, n'a pas pu être faite à leur profit, aux termes de l'article 1081.

On n'aurait pas pu faire, sans doute, au profit des enfants à naître, une donation principale des biens présents.

Mais tout autre est la donation, qui nous occupe.

Dans son principe, elle est une donation des biens à venir; et ce n'est que subsidiairement et accessoirement, qu'elle peut se décomposer et se restreindre, par une sorte de *pis-aller*, si j'osais dire, aux biens présents; et on conçoit que les enfants à naître, qui ont pu être l'objet de la donation principale, aient pu ainsi être l'objet de cette donation accessoire, dans laquelle se transforme, à cette époque seulement du décès, le droit principal qui leur était acquis.

Il ne s'ensuit pas que l'on puisse dire qu'ils auront été rétroactivement propriétaires des biens du donateur, de son vivant même, et avant qu'ils fussent conçus.

Non! ce qui est vrai seulement, c'est que le donateur, quoique demeuré propriétaire, n'aura pas pu aliéner, au détriment des donataires, ses biens présents, même à titre

onéreux ; c'est ce qui arrive en matière de substitution, où le grevé ne peut pas aliéner les biens substitués, au détriment des appelés; et pourtant les appelés aussi peuvent n'être pas encore conçus.

Concluons donc que les enfants à naître sont compris, comme substitués vulgairement, dans la donation des biens présents et à venir; qu'ils y sont, disons-nous, compris *jure suo*, avec les mêmes droits que ceux qui en résulteraient pour l'époux lui-même, s'il recueillait la donation ; d'où la conséquence qu'ils peuvent réclamer même seulement les biens présents, tout en renonçant à la succession de l'époux, leur père ou mère, donataire en premier ordre (comp. Cass., 19 déc. 1843, Jouve, Dev., 1844, I, 273; Ricard, *des Donat.*, Part. I, n° 1063; Auroux des Pommiers, sur l'art. 20 de la Cout. du Bourbonnais; Toullier, t. III, n°s 858, 859; et Grenier, t. III, n° 434; et de Fréminville, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. IX, n°s 735, 736; Poujol, art. 1085, n° 6; Coin Delisle, art. 1085, n°s 2, 3; Troplong, t. IV, n° 2409; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 278; Colmet de Santerre, t. IV, n° 267 *bis*, II; Bonnet, t. II, n°s 542, 543; on a cité certains arrêts comme contraires; mais il suffit de les consulter pour reconnaître qu'ils n'ont pas explicitement statué sur notre question : Cass., 11 janv. 1827, de la Fare, Sirey, 1827, I, 148; Cass., 3 juill. 1827, Duplessis, Sirey, 1827, I, 507; Cass., 23 juill. 1834, Dev., 1834, I, 235).

353. — Que faudrait-il décider, si les enfants ne s'accordaient pas sur le parti qu'il convient de prendre : les uns voulant soit tout accepter, soit tout répudier ; les autres voulant, au contraire, diviser et opter pour les biens présents!

Chabrol estimait, autrefois, qu'il fallait, en cas pareil, s'en remettre à la décision du juge (sur la cout. d'Auvergne, t. II, p. 373).

Et ce sentiment est encore celui de plusieurs juriscon-

sultes (comp. Troplong, t. IV, n° 2410; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 330).

Mais il nous paraîtrait plus conforme aux principes de dire que chacun des enfants étant, pour sa part, personnellement donataire, pourrait prendre, en effet, pour sa part, le parti qu'il croirait lui être le plus avantageux (comp. le tome V de ce *Traité*, n° 321; Bonnet, t. II, n° 543).

354. — Si l'époux, ou, à son défaut, ses enfants optent pour l'exécution intégrale de la donation, rien de plus simple; la donation reste avec son caractère originaire et principal de donation des biens à venir; et elle est, en effet, à considérer désormais uniquement comme telle (comp. *supra*, n° 345).

C'est ainsi que le donataire est tenu de respecter les aliénations, même des biens présents, que le donataire aurait faites à titre onéreux.

De même qu'*il est soumis au payement de toutes les dettes de la succession du donateur* (art. 1085), c'est-à-dire *même de celles qui seraient postérieures à la donation* (art. 17 de l'Ordonn. de 1731).

De toutes les dettes, disons-nous, si la donation est universelle, et s'il recueille, en effet, toute la succession; mais sans aucun doute aussi seulement d'une partie des dettes correspondante à la partie de la succession qu'il recueille, si la donation n'est qu'à titre universel, *per modum quotæ* (arg. de l'art. 1012; Ricard, *des Donations*, Part. I, n° 1063; Troplong, t. IV, n° 2426).

355. — Mais en est-il tenu personnellement et *ultra vires?*

Évidemment, oui, suivant nous.

Nous avons établi, en effet, que le donataire des biens à venir, ou institué contractuel, est tenu des dettes personnellement et *ultra vires;* et notamment, qu'il est ainsi tenu de toutes les dettes, dans le cas prévu par l'article 1006, lorsque l'institution est universelle et qu'il n'existe pas d'héritiers à réserve (*supra*, n° 337);

Or, le donataire des biens présents et à venir, qui accepte la succession tout entière, sans division, est purement et simplement un donataire de biens à venir, ou un institué contractuel;

Donc, il est tenu des dettes personnellement et *ultra vires*.

Ceci nous paraît péremptoire!

Il faut que nous ajoutions, toutefois, que M. Troplong a écrit que *cette question est une des plus délicates de notre sujet* et qu'il la décide même dans un sens contraire à celui que nous proposons, c'est-à-dire que, tout en reconnaissant que l'institué contractuel, ou le donataire des biens à venir, est tenu personnellement et *ultra vires* (t. IV, n° 2365), M. Troplong enseigne qu'il en est autrement du donataire de tous les biens présents et à venir, lors même que ce donataire accepte la succession tout entière, sans division, et que, même dans ce cas, il n'est tenu que *intra vires*, avec faculté de se soustraire aux poursuites des créanciers, en abandonnant les biens (t. IV, nos 2417 et suiv.; comp. Cass., 20 février 1820, Billoré, Sirey, 1820, I, 251).

Il est vrai que notre ancien droit coutumier paraît avoir fait cette différence entre l'institué contractuel proprement dit et le donataire des biens présents et à venir (comp. Louet, lettre D, somm. 54; de Laurière, sur Loysel, II, IV, XIV; Guy-Coquille, quest. 58; Merlin, *Répert.*, v° *Instit. contract.*, § 40, n° 2).

Mais c'était là une conséquence de la maxime coutumière que *Dieu seul peut faire un héritier*, et d'après laquelle les légataires et les donataires même universels, n'étaient jamais considérés que comme de simples successeurs aux biens; une seule exception avait été faite relativement à *l'institution contractuelle;* et comme cette exception était exorbitante dans les principes coutumiers, on avait refusé de l'étendre à *la donation des biens présents et à venir*, qui ne renfermait pas formellement une *institution d'héritier!*

Cette différence, qu'il était difficile déjà de justifier autrefois, serait, à notre avis, de plus en plus injustifiable aujourd'hui, dans nos principes modernes, d'après lesquels tous ceux qui, sous quelque nom que ce soit, légataires ou donataires universels, recueillent l'universalité héréditaire, ou une quote-part de cette universalité, sont tenus des dettes personnellement et *ultra vires*, s'ils n'ont pas accepté sous bénéfice d'inventsire (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 38 ; Toullier, t. III, n° 855 ; Coin-Delisle, art. 1084, n° 5 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 279, 280; Bonnet, t. II, n°s 546, 547).

356. — Aussi, ne ferons-nous pas non plus de différence entre la donation des biens à venir et la donation des biens présents et à venir, quant au point de savoir si le donataire peut varier dans son option : accepter après avoir répudié, ou répudier après avoir accepté.

Il nous est encore impossible d'admettre, avec M. Troplong (*loc. supra cit.*), que le donataire des biens présents et à venir puisse répudier la succession du donateur, après l'avoir acceptée tout entière et sans division ; tandis que le donataire des biens à venir serait irrévocablement obligé envers les créanciers par son acceptation !

Nous n'hésitons pas, au contraire, à croire qu'ils seraient l'un et l'autre irrévocablement obligés envers les créanciers, s'ils avaient accepté toute la succession (arg. de l'art. 783) ; et nous n'admettons même pas qu'il soit nécessaire, ainsi pourtant qu'on l'a enseigné (Saintespès-Lescot, t. V, n° 1716 ; Bonnet, t. II, n° 551), que les créanciers du donateur aient déclaré vouloir profiter de la disposition faite au profit du donataire ; c'est la loi elle-même, qui, dans l'intérêt des créanciers de la succession, déclare que l'obligation de payer les dettes est la conséquence définitive de l'acceptation d'une succession (art. 870 et suiv. ; 1085) ; ce qui écarte de notre matière l'application de l'article 1121.

Il faut ajouter seulement, en ce qui concerne le dona-

taire des biens présents et à venir, que si, au lieu d'accepter toute la succession, il avait opté pour les biens présents, on devrait, en effet, le considérer comme un donataire de biens présents, et lui concéder ou lui refuser le droit de renoncer, même après avoir accepté, suivant que la donation aurait été faite sans charges ou qu'elle aurait été faite avec charges.

C'est en ce sens que M. Bonnet a pu dire que la solution de cette question est subordonnée au caractère définitif de la donation (t. II, n° 445; comp. le t. III de ce *Traité*, n°s 459 et 570-575, et le t. V, n°s 333-334; Grenier, t. III, n° 432; Vazeille, art. 1085, n° 5).

357. — Nous pensons, d'ailleurs, que le donataire des biens présents et à venir devrait être déclaré déchu de son droit d'option, dans le cas où il aurait accepté purement et simplement la succession du donateur, sans faire procéder à un inventaire.

Telle était l'ancienne doctrine.

« Si le donataire, disait Domat, s'était mis en possession des biens, après la mort du donateur, sans en faire un inventaire, il ne pourrait plus diviser la donation; et sa condition serait la même que s'il était héritier pur et simple. » (*Lois civ.*, Part. II, liv. I, sect. III, art. 6; comp. Loyseau, *du Déguerpissement*, l. XL, II; Lebrun, *des Successions*, l. IV, chap. XXII, n° 54; Boutaric, sur l'art. 17 de l'ordonn. de 1731; Pothier, *des Successions*, chap. V, art. 11, § 3.)

Il est vrai qu'il y avait des dissidents; et Ricard, notamment, pensait que l'action personnelle, qui lie le donataire de tous biens présents et à venir, n'est pas telle, *qu'il puisse être tenu au delà des forces des biens, quand même il n'aurait pas fait inventaire* (*des Donations*, Part. II, n°s 1518-1519).

Le motif qu'il en donnait, c'est que *cette action n'est pas pure personnelle, mais in rem scripta....* »

Mais, précisément, nous espérons avoir démontré, au

contraire, que, dans notre droit nouveau, tous ceux qui succèdent à l'universalité héréditaire ou à une quote-part de cette universalité, sont tenus, envers les créanciers de la succession, par une vraie obligation personnelle, de tous points, semblable à celle dont les héritiers légitimes sont tenus (comp. notre *Traité des Successions*, t. V, n° 38).

D'où nous concluons qu'il faut, en effet, les traiter de la même manière, et que les mêmes faits, qui emporteraient, de la part d'un héritier, l'acceptation pure et simple de la succession, doivent emporter de la part d'un donataire universel, l'acceptation pure et simple de la donation.

C'est précisément ce qu'enseignait aussi Pothier, dans un autre endroit de ses œuvres (*Introd.* au Titre XI de la *cout. d'Orléans*, n° 26; comp., toutefois, Troplong, t. IV, nos 2420-2422).

358. — Si l'époux donataire (ou, à son défaut, ses enfants) opte pour les biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur, c'est alors que la donation se transforme, subsidiairement, en une donation de biens présents à laquelle il faut appliquer, sous les restrictions que nous avons faites, les règles de cette espèce de donation.

D'où il suit, notamment, que le donataire peut réclamer, contre le tiers, la restitution ou le délaissement des immeubles présents, qui étaient compris dans la donation, et que le donateur aurait aliénés, fût-ce même à titre onéreux; et faire, par suite, anéantir toutes les charges réelles, hypothèques et servitudes, qui y auraient été établies, du chef du donateur, depuis la donation (arg. des art. 929, 930).

Et il va de soi que la prescription de cette action en délaissement ou en restitution, dont la durée est de trente ans, ne commence à courir que du jour du décès du donateur, puisque ce n'est, en effet, que de ce jour que l'action elle-même s'est ouverte, par suite de l'option que

le donataire a faite des biens présents, et qu'il ne pouvait faire que *lors du décès du donateur* (art. 1084).

Quant *au surplus des biens du donateur*, ils restent dans sa succession ab intestat, ou ils appartiennent aux autres bénéficiaires, donataires postérieurs ou légataires, au profit desquels il en aurait disposé; car il est réputé, dès lors, en avoir eu la libre disposition.

359. — Mais, bien entendu, pour que le donataire ait cette option, dont nous venons d'exposer les deux termes, il faut qu'un état des dettes et charges du donateur, existantes à l'époque de la donation, ait été annexé à l'acte, afin de prévenir les incertitudes et les difficultés sur les charges, qu'il sera tenu de supporter, s'il divise sa donation (*supra*, n° 344).

Et alors, en effet, le donataire est tenu de payer les dettes mentionnées dans cet état; si bien qu'il en devrait une récompense à la succession du donateur, si celui-ci les avait acquittées, en tout ou en partie, aux dépens de *ses biens à venir*, c'est-à-dire des biens acquis par lui postérieurement à la donation; sans quoi le donateur aurait le moyen, qu'il ne doit pas avoir, de modifier indirectement, depuis le contrat de mariage, l'importance d'une donation de biens présents (art. 1071; comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 257 *bis*, IX).

360. — Ceci prouve qu'il est nécessaire que l'état soit assez détaillé pour que l'on puisse distinguer celles des dettes qui existaient à l'époque de la donation, d'avec celles qui n'auraient été contractées que depuis.

Et voilà comment on a pu décider que cet état ne saurait être suppléé par une simple déclaration indiquant, sans aucun détail, le montant total des dettes du donateur, à l'époque de la donation (comp. Limoges, 19 mars 1841, Dubernard, Dev., 1841, II, 442; Troplong, t. IV, n° 2441; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 279; Bonnet, t. II, n° 530; ajout. Cass., 11 juillet 1831, Gauthier, D., 1831, I, 225).

361. — Mais est-ce à dire pourtant que l'omission de cet état ferait toujours perdre à la donation cumulative des biens présents et à venir, son caractère spécial, pour ne lui laisser le caractère que d'une simple donation de biens à venir?

L'affirmative semble bien résulter de l'article 1085 ; et nous croyons, en effet, qu'il faut s'y tenir, en principe; ce que le législateur présume, très-justement, lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, c'est que le donateur n'a entendu donner ses biens présents qu'à la charge, par le donataire, de payer des dettes présentes; et on conçoit dès lors que, l'absence de l'état de ces dettes rendant impossible l'exécution de cette volonté du donateur, le droit d'option soit enlevé au donataire.

Mais, supposez, au contraire, que c'est par la volonté même du donateur que l'état de ses dettes présentes n'a pas été annexé à l'acte; le donateur a déclaré, par exemple, qu'il donnait ses biens présents et à venir, et qu'il accordait au donataire le droit de s'en tenir aux biens présents, sans être tenu de payer les dettes qu'il pouvait avoir lors de la donation.

Cette clause est-elle valable ?

Pourquoi donc ne le serait-elle pas? elle constitue une augmentation de la donation, qui n'a rien d'illicite; le donateur est libre, sans doute de ne pas imposer au donataire de ses biens présents, l'obligation de payer ses dettes, sauf, d'ailleurs, à ses créanciers le droit d'exercer, s'il y a lieu, contre le donataire, l'action Paulienne.

Or si la donation ainsi faite est valable, il est évident qu'il n'y a pas lieu d'annexer à l'acte un état des dettes présentes, puisque le donataire ne serait pas tenu de les payer, même pour s'en tenir aux biens présents (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 258 *bis*, II).

362. — D'où il faut déduire encore cette conséquence, à savoir : que les inexactitudes qui pourraient se rencontrer dans l'état des dettes et charges annexé à la donation,

ne devraient pas, toujours et nécessairement, faire déchoir le donataire de son droit d'option.

Voici qu'il se découvre qu'une des dettes du donateur, existante au jour de la donation, n'a pas été comprise dans cet état!

Eh bien! il sera dans le pouvoir des juges de décider que le donateur n'a entendu imposer au donataire que l'obligation d'acquitter celles de ses dettes présentes qui ont été mentionnées dans l'état, et qu'il a entendu, au contraire, le dispenser de l'obligation d'acquitter les autres qui n'y ont pas été mentionnées; et souvent, en effet, cette interprétation pourra se trouver confirmée par les circonstances du fait, surtout par la modicité de la dette omise, par la nature de sa cause, etc.

Ajoutons que, s'il n'en était pas ainsi, la donation cumulative des biens présents et à venir serait souvent exposée à n'être qu'une simple donation des biens à venir; car il sera bien rare que le donateur ait mentionné dans l'état, toutes ses dettes présentes, même les plus petites, et sans en omettre une seule!

563. — Faut-il joindre à l'acte un état estimatif des meubles présents, conformément à l'article 948?

Et la donation doit-elle être transcrite, quant aux immeubles présents, conformément à l'article 939?

Cette question peut paraître délicate; et il est regrettable que le législateur ne s'en soit pas expliqué.

On pourrait soutenir qu'il n'y a lieu d'exiger, dans une donation cumulative des biens présents et à venir, ni l'état du mobilier, ni la transcription :

L'article 1084 n'exige, en effet, ni l'une ni l'autre de ces formalités; ce qui en résulte, au contraire, c'est que la seule formalité qui soit exigée, c'est l'état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation.

Et, en cela, cette disposition semble conforme au caractère de la donation cumulative des biens présents et à

venir, qui est elle-même, dans son principe, une donation des biens à venir, pour laquelle il n'est pas besoin d'état estimatif ni de transcription. Il est vrai que la donation cumulative peut ensuite, *ex post facto*, se transformer en une donation des biens présents; mais, c'est là, en effet, une transformation de son caractère primitif; or, pour apprécier les conditions de validité d'un acte, il faut se reporter au temps de sa confection et n'exiger que les formes qui étaient nécessaires à ce moment (comp. Duranton, t. IX, n° 733; Grenier, t. III, n° 435; Bonnet, t. II, n° 532).

Telle est également la doctrine de M. Troplong, qui ajoute, en ce qui concerne l'état du mobilier, que *l'opinion contraire n'est pas soutenable* (t. IV, n° 2444).

Elle a été soutenue pourtant; et sans méconnaître la gravité des arguments qui précèdent, nous allons entreprendre aussi de soutenir qu'ils ne sont pas décisifs, et que la donation des biens présents et à venir doit être, en effet, soumise à la double formalité de l'état du mobilier et de la transcription :

1° Et d'abord, quant à la transcription, elle est exigée par ceux mêmes des jurisconsultes qui pensent que l'état estimatif du mobilier n'est pas nécessaire; ils enseignent, en effet, que dans le cas où le donataire opte pour les biens présents, la donation n'est opposable aux tiers acquéreurs des immeubles, qu'autant qu'elle a été transcrite, conformément à l'article 939 et à la loi du 23 mars 1855 (comp. Duranton, t. IX, n° 737; Grenier, t. III, n° 437; Bonnet, t. II, n° 534).

Or, c'est là déjà un motif de croire que l'état estimatif du mobilier présent doit être aussi requis, soit à l'égard des tiers, soit même à l'égard des héritiers du donateur, pour la validité de la donation, au cas où elle se transformerait en une donation de biens présents.

2° On oppose l'absence de texte et le silence de l'article 1084.

Nous répondons qu'il y a, au contraire, un texte précis; c'est l'article 948!

Cet article, en effet, est applicable aux donations par contrat de mariage, comme à toutes les autres donations (comp. art. 947 et 948); il est vrai qu'il n'est pas applicable à la pure donation des biens à venir, parce que les motifs essentiels sur lesquels il est fondé n'existent pas dans ce cas; mais il reprend son empire, même dans les donations par contrat de mariage, aussitôt qu'il devient susceptible d'une application efficace.

Or, cette application sera certes très-efficace, dans la donation des biens présents et à venir, s'il arrive que le donataire opte pour les biens présents; comment, en effet, savoir, sans cela, quels étaient, à l'époque du contrat de mariage, les meubles qui appartenaient au donateur!

Donc, on se trouve alors dans les termes et dans les motifs de l'article 948.

L'article 1084 ne l'a pas rappelé!

Mais il n'avait pas à le rappeler, puisque tel était le droit commun, déjà établi par l'article 948; et s'il a exigé spécialement un état des dettes et charges du donateur à l'époque de la donation, c'est que cette formalité-là est, en effet, spéciale et n'est pas exigée par le droit commun dans les donations entre-vifs.

3° L'argument, qui précède, nous paraît réfuter aussi le moyen que la doctrine contraire a déduit de l'autorité de l'ancien droit.

M. Troplong (*loc. supra cit.*) invoque Furgole, qui a écrit, en effet, sur l'article 17 de l'Ordonnance de 1731, que cet article n'exige pas qu'il ait été dressé un état des meubles présents pour que, *dans le cas d'option faite par le donataire des biens présents, il puisse prendre les biens qui existeront lors de la donation, sans excepter les meubles ni les distinguer des autres biens.*

Sans doute; mais pourquoi? c'est parce que, d'après l'Ordonnance, l'état des meubles n'était pas requis dans

les donations par contrat de mariage; la preuve textuelle en résulte du rapprochement des articles 15, 17 et 18. L'Ordonnance avait confondu, mal à propos sans doute, mais certainement elle avait confondu la prohibition de donner les biens à venir avec la prescription de l'état du mobilier; et elle avait également dispensé les donations par contrat de mariage de l'une et de l'autre formalité.

Très-différent est notre Code, qui exige, au contraire, en règle générale, l'état estimatif des meubles dans les donations par contrat de mariage comme dans les autres.

Et quand M. Bonnet, à son tour, pour établir que l'état du mobilier présent n'était pas exigé autrefois dans la donation des biens présents et à venir, rappelle que Rousseau de Lacombe avait exprimé le vœu qu'on l'exigeât (sur l'art. 17 de l'Ordonnance), notre réponse est aussi toute simple :

C'est qu'en effet, ce vœu a été rempli par le nouveau législateur et que cette formalité, qui n'était pas exigée par l'ancien droit, est exigée par le droit nouveau.

4° Et maintenant est-ce méconnaître le vrai caractère de la donation des biens présents et à venir?

Nous ne le pensons pas.

Oui, sans doute, cette donation est principalement, à son origine, une donation des biens à venir.

Mais, aussi, elle peut se transformer en une donation des biens présents; et on conçoit que, dans la prévision de cette hypothèse, la loi ait prescrit certaines formalités.

Et puisqu'elle a pu, sans dénaturer le caractère de cette donation, prescrire l'état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation, elle a pu de même prescrire aussi l'état estimatif du mobilier présent.

Il est bien entendu d'ailleurs que le défaut d'état des meubles présents n'aurait pas les mêmes conséquences

que le défaut d'état des dettes, et que le donataire ne serait pas privé, pour cela, de son droit d'option.

Ce qui en résulterait seulement, c'est qu'il ne pourrait pas réclamer les meubles, et que son option porterait uniquement d'un côté sur les immeubles présents, et de l'autre, sur le surplus des biens (comp. le tome III de ce *Traité*, n° 366; Cass., 27 fév. 1821, Pinel, Sirey, 1821, I, 236; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Donat. en faveur du Mariage*, n° 36; Vazeille, art. 1084, n° 2; de Fréminville, sur Grenier, t. III, n° 435, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 281; Colmet de Santerre, t. IV, n° 257 *bis*, III et IV).

364. — Les développements que nous venons de fournir attestent, une fois de plus, combien est grande l'importance des formules qui sont employées dans les contrats de mariage, pour caractériser les donations qui y sont faites, et notamment qu'il est essentiel, lorsqu'il s'agit d'une donation des biens présents et à venir, d'éviter toute expression qui tendrait à la représenter comme formant deux donations distinctes : l'une, des biens présents; l'autre, des biens à venir (*supra*, n° 347).

Ces formules, en effet, sont souvent équivoques; et il n'est pas rare de voir stipuler, en faveur du donateur, des réserves d'usufruit, d'où l'on serait autorisé à conclure qu'il donne, dès actuellement, la nue-propriété de ses biens présents; quoique, en même temps, l'ensemble général de la disposition semble révéler son intention, au contraire, de ne se dessaisir de rien, de son vivant, et de renvoyer, à l'époque de son décès, l'exécution tout entière de sa libéralité.

On ne saurait donc y apporter trop de précision et de clarté.

Ce ne sont là d'ailleurs que des questions d'interprétation (comp. avis du Conseil d'État des 19, 22 déc. 1809; Bordeaux, 17 nov. 1828, de Teysson, Sirey, 1829, II, 251; Cass., 30 janv. 1839, Maubert, Dev., 1839, I, 443;

Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 277; Bonnet, t. II, n° 549).

365. — Le donateur pourrait-il restreindre sa donation aux seuls biens à venir, à l'exception de ses biens présents?

L'affirmative est, suivant nous, certaine.

M. Troplong, qui l'enseigne aussi, croit trouver un exemple de cette espèce de donation dans l'article 1093, qui autorise la donation *des biens à venir* ou des biens présents et à venir entre époux (t. IV, n° 2445).

Mais il nous paraît évident que ces mots : *biens à venir*, dans l'article 1093, se réfèrent à l'article 1082, comme les mots : *biens présents et à venir*, se réfèrent à l'article 1084; c'est-à-dire que les mots *biens à venir*, dans l'article 1093, signifient, comme dans l'article 1082, les biens que le donateur *laissera au jour de son décès*, et qu'ils n'ont nullement en vue cette donation singulière à laquelle notre Code n'a pas songé, des biens à venir non mélangés des biens présents.

Mais de ce qu'il n'y a pas songé spécialement, il ne s'ensuit pas qu'il l'ait défendue; et elle est permise elle-même en vertu des articles 947 et 1082.

Seulement, ce serait là, non pas comme la donation cumulative des biens présents et à venir, une augmentation et une amélioration de l'institution contractuelle, mais, au contraire, une diminution et une *détérioration !*

IV.

De la donation faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur.

SOMMAIRE.

366. — Exposition. — L'article 1086 du Code Napoléon a été emprunté à l'article 18 de l'Ordonnance de 1731. — Comparaison des deux textes. — Observation.

367. — Du caractère général de la donation qui est autorisée par l'article 1086.

368. — L'article 1086 est-il applicable aux trois espèces de donations qui précèdent?
369. — 1° La première partie de l'article 1086 est-elle applicable non-seulement à la donation de biens à venir, mais encore à la donation de biens présents?
370. — 2° La seconde partie de l'article 1086 est-elle applicable non-seulement à la donation de biens présents, mais encore à la donation de biens à venir?
371. — Suite.
372. — Suite. — Du cas où le donateur a imposé au donataire la condition d'exécuter le testament, qu'il laissera.
373. — Du cas où le donateur a imposé au donataire la condition d'acquitter les dots, qu'il constituerait à ses filles.
374. — Autre exemple.
375. — Autre exemple.
376. — Les donations par contrat de mariage peuvent-elles être faites sous des conditions purement et absolument potestatives de la part du donateur?
377. — Lorsque la donation a été faite sous des conditions potestatives de la part du donateur, le donataire, qui l'a acceptée, n'en peut pas moins ensuite y renoncer, pour s'affranchir des conditions et des charges. — Explication.
378. — L'article 1086, dans sa seconde partie, déroge à l'article 946; et le donateur par contrat de mariage, peut se réserver la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme à prendre sur les biens donnés.
379. — Suite.
380. — Suite.
381. — Suite. — La réserve, que le donateur a faite de la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une certaine somme à prendre sur les biens donnés, a-t-elle pour résultat de restreindre à cet effet ou à cette somme sa faculté de disposer?
382. — Suite.
383. — Suite.
384. — Suite.
385. — Les donations faites dans les termes de l'article 1086, sont caduques par le prédécès de l'époux donataire et des enfants issus du mariage. — Objection. — Explication.
386. — Suite.
387. — Est-ce aux héritiers du donataire qu'il faut imposer l'obligation de prouver que leur auteur a survécu au donateur?
388. — La mort civile du donateur ouvrait autrefois le droit du donataire de biens à venir par contrat de mariage. — Il n'en est plus ainsi de la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle.
389. — La donation ne serait pas caduque par le prédécès du donataire, dans le cas où elle aurait été, de son vivant, purgée de la condition potestative, d'où résultait la chance de caducité.
390. — Le caractère particulier, qui résulte, pour les donations par contrat de mariage, des conditions potestatives, sous lesquelles elles peuvent être faites, ou de la réserve, par le donateur, de la faculté de

disposer de certains effets qu'elles comprennent, ne s'attache qu'à la partie de la donation, qui est affectée de ces conditions ou de ces réserves. — Conséquence.

391. — L'article 1086 déroge aussi implicitement à l'article 943; et il autorise la donation des biens à venir, par contrat de mariage.

366. — L'article 1086 est ainsi conçu :

« La donation par contrat de mariage en faveur des « époux et des enfants à naître de leur mariage, pourra « encore être faite à condition de payer indistinctement « toutes les dettes et charges de la succession du dona- « teur, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dé- « pendrait de sa volonté, par quelque personne que la « donation soit faite; le donataire sera tenu d'accomplir « ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la dona- « tion; et, en cas que le donateur, par contrat de ma- « riage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet « compris dans la donation de ses biens présents ou « d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens, l'ef- « fet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, se- « ront censés compris dans la donation, et appartiendront « au donataire ou à ses héritiers. »

Il faut ajouter l'article 1089, qui porte que :

« Les donations faites à l'un des époux dans les termes « des articles 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, devien- « dront caduques, si le donateur survit à l'époux dona- « taire et à sa postérité. »

Notre article 1086 a été emprunté à l'article 18 de l'Ordonnance de 1731, comme notre article 1084 a été emprunté à l'article 17.

Et il ne sera pas sans intérêt de rappeler aussi le texte de l'ancien article 18; d'autant plus que notre Code y a fait certains changements qui sont devenus l'occasion de vives controverses, pour la solution desquelles la comparaison du texte nouveau avec le texte ancien pourra être décisive.

Eh bien! donc, voici comment s'exprimait l'Ordonnance, dans son article 18 :

« Entendons pareillement que les donations de biens « présents, faites à condition de payer indistinctement « toutes les dettes et charges de la succession du dona- « teur, même les légitimes indéfiniment, ou sous d'autres « conditions, dont l'exécution dépendrait de la volonté « du donateur, puissent avoir lieu dans les contrats de « mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descen- « dants, par quelques personnes que lesdites donations « soient faites, et que le donataire soit tenu d'accomplir « lesdites conditions, s'il n'aime mieux renoncer à ladite « donation ; et en cas que ledit donateur, par contrat de « mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet « compris dans la donation de ses biens présents ou d'une « somme fixe à prendre sur lesdits biens, voulons que, « s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite « somme appartiennent au donataire ou à ses héritiers, « et soient censés compris dans ladite donation. »

Aucun article de l'Ordonnance ne prononçait d'ailleurs la caducité de cette espèce de donation, en cas de décès du donataire et de ses descendants, avant le donateur.

Aussi, l'article 1089 de notre Code, qui prononce la caducité, est-il une innovation considérable.

367. — On pourrait remarquer que l'article 1086 n'institue pas une quatrième espèce de donation, qui ait un caractère propre et une physionomie distincte.

Ce qu'il décide seulement, c'est que certaines conditions potestatives pourront être ajoutées accessoirement aux trois espèces de donations qui précèdent.

De sorte qu'il n'est que le complément commun des articles 1081, 1082 et 1084 ; et voilà pourquoi, sans doute, quelques-uns des interprètes du Code ne lui ont pas fait une place à part dans leurs explications (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 247 et suiv.).

Il nous paraît, toutefois, préférable d'exposer séparément cette disposition de l'article 1086, dont le but est de déroger, d'une manière plus directe encore, en faveur

des donations par contrat de mariage, à la maxime : *donner et retenir ne vaut.*

On sait que cette maxime, dans notre ancien droit coutumier, ne s'appliquait pas, en effet, aux donations par contrat de mariage.

« Donner et retenir *hors mariage,* ne vaut », disait-on.

Et l'article 219 dela coutume de Bourbonnais portait que :

« Toutes donations par contrat de mariage, sont bonnes « et valables, *etiam* en donnant et retenant.... »

Tel est le principe, que l'article 947 a aussi posé dans notre droit nouveau.

L'article 1086 a pour but d'en faire de plus en plus l'application et d'en déduire les conséquences.

368. — Nous n'hésitons pas, comme on voit, à penser que l'article 1086 est applicable aux trois espèces de donations qui précèdent, à savoir : à la donation des biens présents, à la donation des biens à venir, et à la donation cumulative des biens présents et à venir.

Il faut pourtant que nous ajoutions que c'est là un point controversé, et que l'on a mis en question :

1° Si la première partie de l'article 1086 n'est pas applicable seulement à la donation des biens à venir, à l'exclusion de la donation des biens présents ;

2° Si, au contraire, en sens inverse, la seconde partie de cet article n'est pas applicable seulement à la donation des biens présents, à l'exclusion de la donation des biens à venir.

369. — 1° La première question surtout a été fort discutée ; et on a soutenu, très-vivement, qu'il n'était pas possible d'appliquer à la donation de biens présents, la première partie de l'article 1086, d'après laquelle la donation par contrat de mariage peut être faite à condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté :

1° Aux termes de la première partie de l'article 1086, a-t-on dit, la donation qui est susceptible de ces conditions

potestatives, est la donation par contrat de mariage *en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage;*

Or, aux termes de l'article 1081, la donation de biens présents *ne peut pas avoir lieu au profit des enfants à naître;*

Donc, l'article 1086 ne se réfère pas à l'article 1081.

Aussi, l'article 1081 n'est-il pas rappelé dans l'article 1089!

Preuve nouvelle que l'article 1086 ne s'y applique pas, puisque l'article 1089 rappelle précisément les autres articles (1082 et 1084), auxquels l'article 1086 lui-même est applicable.

2° On ajoute que les mots : *biens présents*, qui se trouvaient dans la première partie de l'article 18 de l'Ordonnance de 1731, auquel l'article 1086 a été emprunté, ont été supprimés, et que cette suppression témoigne de l'intention du nouveau législateur de restreindre à la donation des biens à venir la première partie de l'article 1086.

3° C'est que, en effet, la donation de biens présents ayant un effet actuel, ne saurait être caduque par le prédécès du donataire, aux termes de l'article 1089; or, cette caducité serait inévitable, au contraire, si on décidait qu'elle est comprise dans l'article 1086, puisque l'application de l'article 1086 entraînerait nécessairement l'application de l'article 1089; donc, l'article 1086, ni par suite l'article 1089, n'y sont pas applicables.

Telle est la conclusion de cette doctrine, qui a été défendue surtout par notre éminent et regretté confrère, Coin-Delisle (art. 1086, n°s 3 à 7; comp. Grenier, t. III, n° 439).

Mais elle nous paraît inadmissible :

1° Et d'abord, que l'on puisse, dans une donation, même de biens présents par contrat de mariage, déroger aux articles 944, 945 et 946, cela est d'évidence; l'article 947 est formel (*supra* n° 270); et par conséquent, la donation même de biens présents peut être faite *sous la*

condition de payer indistinctement toutes les dettes de la succession du donateur, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendrait de sa volonté.

Cela est, disons-nous, d'évidence! et Coin-Delisle, en effet, ne le méconnaît pas.

Mais il répond que la donation de biens présents ainsi faite sera valable *non en vertu de l'article* 1086, *mais en vertu de l'article* 947!

Réponse inconcluante! car l'article 947 est inséparable de l'article 1086; l'un n'est que la conséquence de l'autre; et le législateur, dans l'article 1086, ne fait qu'appliquer le principe qu'il a posé dans l'article 947 (*supra*, n° 367).

On voit, du reste, que l'excellent auteur n'est pas lui-même très-ferme dans sa doctrine; car il en vient à une distinction entre ce qu'il appelle les donations *actuelles* et les donations *éventuelles* de biens présents; concédant, quant à celles-ci, qu'elles seraient comprises dans les articles 1086 et 1089, et qu'elles seraient caduques par le prédécès de l'époux donataire et de sa postérité.

Mais cette distinction elle-même ne saurait, suivant nous, être admise. Que la donation des biens présents soit actuelle, et soumise seulement à une condition résolutoire, ou qu'elle soit éventuelle, et soumise seulement à une condition suspensive, elle est frappée essentiellement dans son caractère de donation de biens présents, dès qu'elle est faite sous des conditions potestatives de la part du donateur! Dans l'un comme dans l'autre cas, le donateur ayant *donné et retenu*, la donation ne sera vraiment parfaite que par sa mort, c'est-à-dire lorsqu'il ne pourra plus la révoquer; et par conséquent, elle ne pourra échapper à la caducité par le prédécès du donataire et des enfants issus du mariage.

2° Voilà ce qui répond à l'argument que la doctrine contraire a déduit des termes de la première partie de l'article 1086.

C'est que la donation de biens présents, par cela même

qu'elle est faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, peut aussi être faite au profit des enfants à naître du mariage.

Car, c'est là uniquement ce que dit l'article 1086.

Cet article n'a pas pour but de décider que la donation peut être faite sous des conditions potestatives, quand elle est faite au profit de l'époux *et des enfants à naître*.

Son but est, au contraire, tout différent! c'est de décider que la donation peut être faite au profit de l'époux et *des enfants à naître*, quand elle est faite sous *des conditions potestatives*.

D'où il faut conclure qu'elle est aussi, dans ce cas, présumée de plein droit faite au profit des enfants à naître (arg. de l'art. 1082).

Remarquons, en outre, que, si l'argument de la doctrine contraire était fondé, c'est-à-dire si la donation ne pouvait être faite sous des conditions potestatives qu'autant qu'elle pourrait être faite au profit des enfants à naître, il en résulterait que les donations entre époux, même *des biens à venir*, ne pourraient pas non plus être faites sous des conditions potestatives; car elles ne peuvent pas être faites au profit des enfants à naître (art. 1093).

Est-ce supposable? dit justement M. Levrier, dans une très-bonne thèse sur les *Donations entre époux* (p. 108).

3° Il est vrai que les mots : *biens présents*, qui se trouvaient dans l'article 18 de l'Ordonnance, ne se trouvent pas dans la première partie de l'article 1086.

Mais ils se trouvent dans la seconde.

Et la seconde partie est, comme la première, la consécration du même principe, que la maxime : *donner et retenir ne vaut*, ne s'applique à aucune des donations qui peuvent être faites par contrat de mariage (comp. Cass., 27 déc. 1815, D., *Rec. alph.*, *h. v.*, n° 2195; Delvincourt, t. II, p. 100; Toullier, t. III, n°s 819 et suiv.; Poujol, art. 1086, n° 1; Marcadé, art. 1086, n° 111; Tro-

plong, t. IV, n° 2447; Colmet de Santerre, t. IV, n° 259 *bis*, II; Bonnet, t. II, n°s 554 à 564).

370. — 2° Et maintenant, est-ce la peine de résoudre l'autre question, que nous avons posée (*supra*, n° 368), à savoir : si la seconde partie de l'article 1086 est applicable non-seulement à la donation des biens présents, mais encore à la donation des biens à venir et à la donation cumulative des biens présents et à venir?

L'affirmative est évidente! quoique, pourtant, le mot : *biens présents,* se trouve seul dans cette seconde partie; car, on ne saurait nier que la rédaction de ce texte aurait pu être plus correcte.

Mais il n'en résulte, d'ailleurs, aucune incertitude; et c'est *à fortiori,* qu'il faut l'appliquer *aux biens à venir?*

C'est, en effet, surtout dans les donations de biens à venir que l'utilité de cette réserve apparaît; à ce point que, dans notre ancienne jurisprudence, le Parlement de Grenoble avait exprimé le veu qu'il ne fût pas permis de donner tous ses biens, par voie d'institution contractuelle, sans se réserver la faculté de disposer d'une certaine valeur (comp. d'Aguesseau, t. IX, p. 351, lettre 288).

Aussi, Furgole disait-il, sur l'article 18 de l'Ordonnance :
« *Si, dans le cas que la donation, en contrat de mariage,*
« *est de tous biens présents seulement, la chose, dont la fa-*
« *culté de disposer a été réservée, appartient au donataire,*
« *quand le donateur n'en a point disposé; cela doit avoir*
« *lieu, à plus forte raison, lorsque la donation est de tous*
« *biens présents et à venir.* »

Et non-seulement, ajouterons-nous, lorsque la donation est de tous biens présents et à venir, mais lors même qu'elle n'aurait pour objet qu'une quotité des biens à venir, ou des objets particuliers. (Comp. Troplong, t. IV, n° 2459; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 259; Bonnet, t. II, n°s 558 et 581.)

371. — L'article 1086 déroge d'abord à l'article 944; et il autorise, dans les donations par contrat de mariage,

les conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.

Et, en dérogeant aussi à l'article 945, qui n'est d'ailleurs lui-même qu'une conséquence de l'article 944, il admet que la donation pourra être faite sous la condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur :

Non-seulement donc les dettes présentes, dont l'état serait annexé au contrat de mariage, mais encore les dettes futures que le donateur pourrait, à son gré, contracter postérieurement;

Et quel que soit, d'ailleurs, comme nous venons de le dire, le caractère de la donation : soit des biens présents en tout ou en partie; soit des biens à venir, ou des biens présents et à venir, en tout ou en partie; soit d'un ou de plusieurs objets, soit présents, soit à venir (*supra*, nos 369-370; Furgole, sur l'article 18 de l'Ordonnance de 1731; *voy.* toutefois Boutaric, sur cet article).

372. — C'est ainsi que le donateur peut imposer au donataire la condition d'exécuter le testament qu'il laissera (comp. le t. III de ce *Traité*, nos 442-443; Brodeau sur Louet, Lettre D, somm. 10, n° 4).

La doctrine ancienne l'admettait bien de même; et toutefois, elle avait entrepris de restreindre l'effet de cette condition dans certaines limites.

« *Reservationem testandi super rebus donatis*, disait Du-« moulin, *intelligi debet de parte, ut non vitiet donationem*, « *non de omnibus, sed secundum dignitatem defuncti.* » (Sur la cout. d'Auvergne, chap. XIV, art. 20.)

Quelques-uns même auraient voulu que la condition ne s'entendît que du pouvoir, pour le donateur, d'imposer au donataire l'acquittement de ses frais funéraires et des legs pieux ou rémunératoires (comp. Brodeau, *loc. supra cit.*; arrêt du Parlement de Paris du 14 avril 1576).

Mais ces restrictions nous paraîtraient aujourd'hui impossibles, en présence des termes absolus de l'article

1086, surtout lorsqu'on le rapproche de l'article 1083. (Comp. Grenoble, 27 janvier 1809, Ricard, Sirey, 1811, II, 222; Troplong, t. IV, n° 2455; Bonnet, t. II, n° 570.)

373. — Le donateur a imposé au donataire l'obligation d'acquitter les dots, qu'il constituerait à ses filles?

Il l'a bien pu sans doute! (Art. 1086.)

374. — Ou il a dit:

« *Je donne au futur époux* 100 000 *fr. à prendre sur les* « *immeubles qui se trouveront dans ma succession.* »

Et puis, il aliène tous ses immeubles; et, lors de son décès, dans sa succession, il ne s'en trouve aucun.

Tant pis pour le donataire! le prix des immeubles aliénés fût-il encore dû, qu'il n'y pourrait rien prétendre; car telle était la condition de la donation (comp. arrêt du Parlement de Paris, du 23 mai 1781; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. III, n° 6; Troplong, t. IV, n° 2454; Bonnet, t. II, n° 570).

375. — Ou encore voici deux époux, qui font à l'un des futurs donation de leurs biens présents et à venir, sous la condition qu'ils acquitteront, *lors du décès du survivant d'eux,* les dettes contractées *soit par tous les deux, soit par un seul.*

Il faudra bien que, lors du décès du dernier mourant des donateurs, le donataire acquitte, en effet, sur tous les biens, soit de l'un, soit de l'autre, indistinctement, les dettes qui auront été contractées, soit par le prédécédé, soit par le survivant (comp. Cass., 3 mars 1852, Coissin, D, 1852, I, 293).

376. — Nous ne multiplierons pas ces exemples; ce sont là seulement des applications du principe posé par l'article 1086, et qui ne peuvent guère soulever, en fait, que des difficultés d'interprétation.

Mais ce qui est une question de droit, c'est de savoir s'il résulte de l'article 1086 que les donations par contrat de mariage puissent être faites sous des conditions pure-

ment et absolument potestatives de la part du donateur : *si je veux.... si cela me convient....* »

La négative est manifeste, s'il s'agit d'une condition suspensive :

Je vous donnerai ma maison de Paris, si je veux!

Donc, je ne veux pas encore vous la donner; donc, il n'y a encore aucun lien de ma part, ni aucune volonté de faire la donation, aucune volonté actuelle et déjà formée! (Comp. le t. II, n° 418; Bonnet, t. II, n° 572.)

En sera-t-il de même, si la donation est seulement résolutoire?

« *Je vous donne ma maison de Paris; mais vous me la rendrez, si je le veux.* »

M. Bonnet (*loc. supra cit.*), ne fait pas de distinction; et il déclare également nulle cette donation.

Nous croirions plutôt avec M. Colmet de Santerre, (t. IV, n° 259 *bis*), qu'il faut la déclarer valable; car ici la volonté de donner est formée; elle existe, et par suite, aussi, la donation!

Elle sera révocable par la pure volonté du donateur!

C'est vrai; mais cette objection ne serait décisive qu'autant que la maxime : *Donner et retenir ne vaut*, serait ici applicable; or, précisément, elle n'est pas applicable aux donations faites par contrat de mariage (comp. le t. I de ce *Traité*, n° 26).

377. — En ce qui concerne cette dérogation aux articles 944 et 945, d'où il résulte que la donation par contrat de mariage peut être faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, l'article 1086 ajoute que :

« Le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions,
« *s'il n'aime mieux renoncer à la donation.* »

Puisque ces conditions sont valables, la conséquence semblait en devoir être que le donataire est tenu de les accomplir.

Mais, pourtant, la loi lui accorde le droit de s'en affranchir, en renonçant à la donation.

Et cela est très-juste! comment croire, en effet, que le donataire ait entendu s'engager, d'avance et quand même, à acquitter toutes les charges, que le donateur aurait imposées à la donation, lors même qu'elles dépasseraient l'émolument?

Oh! sans doute, quand il s'agit de charges précisées et définies, le donataire, après avoir accepté la donation faite sous ces charges, ne peut plus s'en affranchir, en y renonçant.

Mais il s'agit de charges inconnues, que le donateur reste maître d'aggraver indéfiniment; et c'est une interprétation équitable de la commune intention des parties, de présumer alors qu'elles ont réservé au donataire la faculté de s'en affranchir, en renonçant à la donation.

Aussi, cette faculté lui appartient-elle, en effet, dans tous les cas, et quelque soit le caractère de la donation: soit de biens à venir, soit de biens présents, d'une quotité ou d'un objet particulier; et lors même qu'il serait entré en possession et en jouissance des biens donnés (comp. Troplong, t. IV, n°s 2249-2252; Bonnet, t. II, n° 573; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 259).

378. — Enfin, l'article 1086, dans sa seconde partie, déroge à l'article 946.

En conséquence, le donateur par contrat de mariage, peut se réserver la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés.

Et s'il meurt sans en avoir disposé, l'effet ou la somme seront censés compris dans la donation, comme s'ils n'avaient pas été affectés de cette réserve.

379. — Mais il faut que l'effet ou la somme aient été, comme dit notre texte, *compris dans la donation.*

Il en serait autrement, s'ils en avaient été exclus!

« Il y a, disait Furgole, une grande différence à faire entre la réservation de la faculté de disposer d'une chose ou d'une somme sur les biens donnés, et se réserver purement et simplement une chose, ou une somme, ou une quotité des biens. Dans le premier cas, la faculté de disposer est une condition, qui doit être remplie, afin que la chose soit retranchée de la donation; faute de quoi, elle doit appartenir au donataire; au lieu que, dans le second cas, le retranchement est pur et actuel, indépendamment de toute disposition...; la chose réservée cesse de plein droit d'être comprise dans la donation, à cause que ce qui est réservé n'est pas donné. » (Sur l'art. 18 de l'Ordonn. de 1731; comp. Ricard, *Des Donations*, Part. I, n°s 1015 et suiv.; d'Aguesseau, t. IX, p. 358.)

Cette distinction est d'évidence!

Et maintenant, dans quels cas la réserve aura-t-elle pour résultat de mettre l'effet ou la somme en dehors de la donation, ou au contraire, d'accorder seulement au donateur la faculté d'en disposer?

Ce n'est plus qu'une question d'interprétation.

Ce que l'on peut dire, en thèse générale, c'est qu'il faut considérer quel est l'objet direct et principal, auquel la réserve s'applique :

S'applique-t-elle directement et principalement à la faculté de disposer de la chose ou de la somme réservée?

Je vous donne tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès, en me réservant la faculté de disposer de ma ferme de Bayeux ou d'une somme de 100 000 francs à prendre sur mes immeubles.

C'est l'hypothèse de l'article 1086; et la ferme ou la somme est comprise dans la donation.

Mais, au contraire, elle n'y serait pas comprise, si j'avais dit :

« Je vous donne tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès; mais je me réserve ma ferme de Bayeux ou 100 000 francs à prendre sur mes immeubles.»

Et nous pensons que, dans ce dernier cas, il en serait ainsi, lors même que j'aurais ajouté que je me réserve ma ferme ou 100000 francs, *pour en disposer à ma volonté;* cette addition, en effet, qui exprimerait les motifs de ma réserve, n'en changerait pas le caractère et n'empêcherait pas qu'elle ne fût pure et simple (comp. Nîmes, 5 fév. 1806, *J. du P.*, V, 165; Bordeaux, 19 janv. 1827, Dev. et Car. VIII, II, 15; Delvincourt, t. II, p. 20; Grenier, t. III, n° 440; Duranton, t. IX, n° 741; Vazeille, art. 1086, n° 4; Marcadé, art. 1086; Troplong, t. IV, n°s 2457-2458; Bonnet, t. II, n°s 577-578).

380. — L'exemple que nous venons de choisir, témoigne que la distinction qui précède, est applicable à l'institution contractuelle aussi bien qu'à toutes les autres donations par contrat de mariage.

La doctrine contraire était toutefois enseignée par quelques-uns de nos anciens auteurs, qui prétendaient que, dans le cas même où la réserve faite par l'instituant avait exclu absolument de l'institution certains objets ou une certaine somme, les objets ou la somme n'en appartenaient pas moins à l'institué, à l'exclusion des héritiers ab intestat, lorsque l'instituant n'en avait pas disposé au profit d'un autre.

Furgole en donnait cette raison que « l'institution contractuelle est un titre aussi universel que l'institution testamentaire, et qui comprend par conséquent tout ce qui tomberait dans la succession ab intestat. « (Quest. 38, p. 15.)

Et Lebrun ajoutait que : « l'institué recueillait alors l'objet, *non point en tant que donataire, mais en sa qualité d'héritier contractuel, dont le titre était réputé incompatible avec celui d'héritier ab intestat.* » (*Des Successions*, liv. III, chap. II, n° 28.)

C'est-à-dire que l'on accordait à l'institué plus que l'instituant n'avait voulu lui donner !

Il fallait certes que la maxime : *nemo partim testatus,*

partim intestatus decedere potest, exerçât encore un grand empire sur nos jurisconsultes des pays de droit écrit, pour qu'ils en vinssent à donner à l'institué des biens, que l'instituant lui-même avait formellement exceptés de la donation !

Nous ne sommes pas aujourd'hui sous cet empire; et nous devons d'autant plus mettre en dehors de l'institution contractuelle les objets que l'instituant en a exceptés, que cette institution, dans notre Code, n'est nullement distincte de la donation des biens à venir.

381. — La réserve que le donateur a faite de la faculté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une certaine somme à prendre sur les biens donnés, a-t-elle pour résultat de restreindre à ces objets ou à cette somme sa faculté de disposer?

Évidemment oui, s'il s'agit d'une donation de biens présents, puisque, en dehors de cette réserve, il ne lui reste plus, sur les biens donnés, aucun droit de disposition! (Art. 1081.)

Mais, au contraire, la donation des biens à venir laisse au donateur le droit de disposer à titre onéreux, et même aussi à titre gratuit, dans la mesure déterminée par l'article 1083.

Et alors notre question peut s'élever.

L'opinion commune paraît avoir été, dans l'ancien droit, que le donateur pouvait encore, sans entrave, disposer à titre onéreux, mais qu'il ne pouvait plus disposer à titre gratuit au delà des limites fixées par sa réserve.

« Ceux, dit Lebrun, qui font une institution contractuelle, avec réserve de pouvoir disposer jusqu'à une certaine concurrence, se prescrivent eux-mêmes des bornes pour les donations entre-vifs et testamentaires; ce qui ne les empêche pas, à mon avis, de faire des contrats onéreux pendant leur vie, pourvu que ce soit aussi sans fraude. » (*Des Successions*, liv. III, chap. II, n° 240;

comp. Auroux des Pommiers, sur l'art. 220 de la cout. de Bourbonnais; Brodeau sur Louët, lettre S, somm. IX, n° 5.)

Nous croyons qu'il faut, sans difficulté, décider encore de même, en ce qui concerne le droit de disposer à titre onéreux; de sorte que le donataire serait tenu de respecter la disposition que le donateur aurait faite de l'objet ou de la somme dont il se serait réservé la faculté de disposer, lors même qu'il aurait aliéné, à titre onéreux, le surplus de ses biens (comp. Cass., 7 juin 1808, Dupuy, Sirey, 1808, I, 364; Troplong, t. IV, n° 2461; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 261-262; Bonnet, t. II, n° 437).

Mais on peut hésiter sur le point de savoir si, en ce qui concerne la faculté de disposer à titre gratuit, cette réserve est limitative; de manière que le donateur ne puisse plus faire, même en vertu de l'article 1083, des dispositions qui dépasseraient la somme, jusqu'à concurrence de laquelle il s'est réservé de disposer.

M. Troplong ne le pense pas; d'après l'éminent auteur, si nos anciens avaient interprété la réserve dans ce sens restrictif, c'est qu'autrefois le droit de l'instituant de disposer à titre gratuit n'étant pas limité par la loi, il était naturel de considérer comme une limite absolue la réserve qu'il avait faite lui-même; mais aujourd'hui que l'article 1083 définit le droit, qui appartient à l'instituant, de disposer à titre gratuit, et que même il le renferme dans des bornes assez étroites, ce que l'on doit présumer, c'est que l'instituant a voulu étendre le cercle de sa faculté de disposition, et que, par conséquent, il peut toujours faire des libéralités modiques, en vertu de l'article 1083, en outre et au delà de la somme dont il s'est réservé la faculté de disposer (t. IV, n[os] 2461-2462).

Tandis que, au contraire, d'après M. Bonnet, il faudrait s'en tenir toujours à l'ancienne interprétation, et

limiter à la somme réservée la faculté pour le donateur de disposer à titre gratuit (t. II, n° 430).

La vérité est que c'est là principalement une question d'interprétation, sur la solution de laquelle les termes de l'acte, l'importance des biens donnés et aussi l'importance relative de la réserve, pourront exercer beaucoup d'influence; c'est ainsi que le sentiment de M. Bonnet pourrait paraître le plus plausible, si la clause qui contient la réserve, annonçait la volonté des parties de régler, en effet, et de préciser la faculté qui restera au donateur *de disposer par donation entre-vifs ou par testament.*

Mais en thèse générale, et sauf les circonstances particulières, nous serions porté à croire, avec M. Troplong, que la simple réserve de la faculté de disposer jusqu'à concurrence d'une certaine somme et surtout de la faculté de disposer d'un objet déterminé compris dans la donation, n'enlève pas au donateur la faculté de disposer, sur les autres biens, d'après le droit commun, en vertu de l'article 1083 (comp. *supra*, n° 320).

382. — Ce qu'il faut ajouter, d'ailleurs, c'est que les dispositions faites par le donateur ne doivent être exécutées sur la somme dont il s'est réservé la faculté de disposer, qu'autant que ces dispositions, en effet, témoignent qu'il a voulu, en les faisant, exercer la faculté qu'il s'était réservée.

Voilà un homme qui a donné à sa nièce, dans son contrat de mariage, trois immeubles qui lui appartenaient dans le département de l'Aisne, en se réservant la faculté de disposer d'une somme de 50 000 francs à prendre sur ces immeubles.

Il meurt, laissant une succession très-solvable et un testament par lequel il a fait des legs jusqu'à concurrence de 40 ou de 60 000 francs, ou même, si l'on veut, tout juste jusqu'à concurrence de 50 000 francs.

Eh bien! nous croyons que si rien ne prouve qu'il a entendu exercer la faculté qu'il s'était réservée de révo-

quer indirectement la donation qu'il avait faite à sa nièce, les legs devront être payés exclusivement par ses héritiers ab intestat sur les biens de sa succession ; car ce serait, en effet, une révocation, dans une certaine mesure, de la donation, qu'il avait faite, si les legs devaient porter sur elle ; or, une révocation ne se présume pas!

« *Le donataire,* disait Pothier, *ayant en sa faveur une volonté expresse, qui comprend dans la donation la chose réservée, au cas que le donateur n'en dispose pas, il faut une volonté également expresse pour l'en priver.* » (Introduct. au Tit. XV de la cout. d'Orléans, n° 27.)

Nous avons supposé une donation de biens présents; mais la solution devrait être la même dans le cas d'une donation de biens à venir, qui comprendrait seulement une quote-part de l'universalité héréditaire, comme le tiers ou la moitié (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 479).

383. — Il arrive souvent que la clause, qui contient la réserve, exprime :

Soit la personne, en faveur de laquelle elle pourra être exercée;

Soit la manière, dont elle pourra l'être;

Soit la chose, à laquelle elle s'applique.

Et sur ces trois points, la question peut s'élever aussi de savoir si la clause est limitative ou seulement démonstrative?

C'est encore, avant tout, une question d'interprétation.

Mais, en thèse générale, et contrairement au sentiment de M. Troplong, qui pense que, dans le doute, on doit préférer l'interprétation indicative à l'interprétation limitative, nous croyons qu'il faut s'en tenir aux termes du contrat de mariage.

Le donateur a déclaré qu'il se réservait la faculté de disposer, au profit de son fils, d'un immeuble compris dans la donation; et le voilà qui en dispose, son fils étant mort avant lui, au profit de la ville de Paris! c'est très-justement, à notre avis, que le tribunal de la Seine a

annulé cette disposition (16 janv. 1855, comtesse du Cayla, *Gazette des Tribunaux* du 16 janv. 1855) ;

Ou bien il s'est réservé la faculté de disposer de l'usufruit de tel immeuble au profit de sa femme ; et c'est d'une rente viagère qu'il a disposé à son profit ;

Ou même, s'étant réservé la faculté de disposer de l'immeuble A, il a disposé de l'immeuble B.

On a décidé, dans ces deux cas, que la disposition devait être respectée par le donataire, s'il n'avait pas, d'ailleurs, d'intérêt à la contester, c'est-à-dire si, dans le premier cas, la rente viagère ne dépassait pas la réserve de l'usufruit, et si, dans le second cas, il y avait identité de valeur entre l'immeuble A et l'immeuble B (comp. Paris, 27 févr. 1824, Dev. et Carr., VIII, I, 262 ; Cass., 26 mars 1845, Chante-Grellet, Dev., 1849, I, 120 ; Troplong, t. IV, n°s 2351 et 2465 ; Bonnet, t. II, n° 431).

Soit ! si, en fait, on a cru que la clause du contrat de mariage pouvait comporter cette extension ; mais il nous est difficile pourtant de ne pas voir là un certain écart, qui pourrait dégénérer en abus d'interprétation.

384. — Il va de soi que celles des dispositions du donateur, qui dépasseraient la limite de sa faculté conventionnelle de disposer, seraient réductibles, comme le sont celles de ses dispositions qui dépassent la limite de sa faculté légale, d'après l'article 1083.

C'est-à-dire qu'il faudrait, non pas les annuler, mais seulement les réduire ; et cela, en commençant d'abord par les dispositions testamentaires, et en n'attaquant ensuite les donations entre-vifs que dans l'ordre de leurs dates, en commençant par la plus récente (comp. Troplong, t. IV, n° 2463).

385. — Nous avons annoncé que les donations faites dans les termes de l'article 1086 sont caduques par le prédécès de l'époux donataire et des enfants issus du mariage.

C'est ce qui résulte, en effet, de l'article 1089.

Mais alors comment expliquer les derniers mots de l'article 1086, qui portent que, si le donateur meurt sans avoir disposé de l'effet ou de la somme, dont il s'était réservé la faculté de disposer, le dit effet et la dite somme appartiendront *au donataire ou à ses héritiers?*

Ou l'article suppose que le donataire a survécu au donateur, et qu'il a recueilli l'effet ou la somme dans sa succession; et alors, il est évident qu'il les transmettra, ensuite, à ses héritiers dans sa propre succession; mais cela est, en effet, tellement évident que l'article ainsi entendu est d'une parfaite inutilité; à ce point que l'on ne s'expliquerait pas pourquoi le législateur aurait eu l'idée de l'écrire!

Ou, au contraire, l'article suppose que le donataire est mort avant le donateur; et alors, ce qui n'est pas moins évident, c'est que l'effet ou la somme, compris dans la réserve, ne pourront jamais appartenir *à ses héritiers*, en tant qu'héritiers du donataire; car le donataire n'ayant eu aucun droit à cet effet ou à cette somme, n'a pu leur en transmettre aucun.

Et cela est vrai, non-seulement de ses héritiers de la ligne ascendante ou de la ligne collatérale, mais aussi de ses héritiers de la ligne descendante; car si ses enfants survivent au donateur et recueillent l'effet ou la somme compris dans la réserve, c'est *proprio jure*, comme donataires eux-mêmes, substitués vulgairement, qu'ils la recueillent, et nullement comme héritiers de l'époux, dont ils ont peut-être répudié la succession!

Ce mot : *héritiers*, dans l'article 1086, est donc inutile ou inexact?

Nous le pensons, en effet, ainsi; et il nous est impossible d'admettre le sentiment de M. Troplong, qui a écrit que :

L'article 1086 a eu raison de supposer que, à la mort du donateur, il y aurait parfois des héritiers du donataire, à qui le bien dont le donateur n'aurait pas disposé, appartiendrait; et que l'article 1086, loin d'être en opposition avec l'article

1089, *se lie, au contraire, avec lui, par le plus logique enchaînement.* » (T. IV, n° 2485.)

On vient de voir la preuve, si nous ne nous trompons, démontrée du contraire!

Et, pour compléter cette démonstration, il suffira de rappeler l'origine de notre article 1086, et qu'il a été emprunté à l'article 18 de l'Ordonnance de 1731, dont la disposition finale renfermait aussi ces mots : *au donataire ou à ses héritiers.*

Mais l'Ordonnance n'avait pas soumis ces sortes de donations à la caducité pour le cas de prédécès du donataire; et sous son empire, en effet, l'objet ou la somme compris dans la réserve, appartenait aux héritiers du donataire même prédécédé, lorsque le donateur n'en avait pas disposé.

Cela est impossible aujourd'hui, puisque l'article 1089 déclare que la donation sera caduque par le prédécès du donataire; et par conséquent, c'est mal à propos que le législateur de 1804, en transportant dans notre Code l'ancien article 18, y a laissé subsister ces mots : *ou à ses héritiers,* qui ne sont plus d'accord avec le principe nouveau de caducité qu'il a établi.

Et, maintenant, pourquoi a-t-il établi ce principe?

On répond généralement que le motif en est dans la révocabilité même qui affecte cette donation, et qui fait qu'elle n'est pas, tant que le donateur existe, parfaite ni achevée, et qu'elle ne se parfait et ne s'achève, en réalité, que par son décès;

Or, une libéralité ne peut être transmise par le bénéficiaire à ses héritiers, qu'autant qu'elle était parfaite dans sa personne et que le droit lui était acquis;

Donc, l'époux donataire venant à mourir avant le donateur, il est juridique qu'il ne transmette pas à ses héritiers un droit qui ne lui était pas encore irrévocablement acquis.

Cette explication semblerait plausible, et toutefois nous ne croyons pas devoir l'accepter.

La conséquence en serait, en effet, qu'il faudrait voir, dans les donations dont l'article 1086 s'occupe, des libéralités testamentaires, ou, tout au moins, des donations à cause de mort, comme celles que notre ancien droit admettait; or, c'est à quoi il nous serait impossible d'adhérer. Toutes nos donations, sans excepter même celles dont s'occupe l'article 1086, sont des donations entre-vifs; et le droit du donataire, dérivant du contrat de mariage, est un droit contractuel qui se distingue toujours par un certain caractère d'irrévocabilité, puisque, dans aucun cas, le donateur ne peut révoquer ces donations directement, par une simple déclaration de changement de volonté.

Aussi, croyons-nous que le vrai motif de la caducité à laquelle le législateur moderne a soumis les donations de l'article 1086, c'est qu'il a considéré que la faculté de révocation dont ces donations sont affectées, par cela même qu'elle est subordonnée à l'accomplissement d'un certain fait, ne serait pas toujours peut-être susceptible d'être exercée librement par les donateurs, surtout après la mort du donataire; et afin d'encourager ces donations qui peuvent faciliter les mariages, il a établi cette cause de caducité, par suite de laquelle le donateur pourra rentrer dans les biens par lui donnés, sans être obligé d'accomplir la condition sous laquelle seulement sa donation aurait pu être révoquée (comp. *infra*, n° 469).

386. — Quelques jurisconsultes, pour expliquer ces mots de l'article 1086 : *ou à ses héritiers*, ont proposé de distinguer entre les donations de biens présents faites sous une condition potestative suspensive, et les donations faites sous une condition potestative résolutoire.

Et, tout en reconnaissant que ces mots sont inapplicables dans le premier cas, ils prétendent qu'ils sont applicables dans le second cas.

« *Cet objet sera vôtre, si je meurs sans en avoir disposé.* »

Voilà une condition suspensive qui fait que le donataire n'a encore aucun droit sur l'objet; et il est tout simple que s'il meurt avant moi, la donation soit caduque et qu'il ne transmette rien à ses héritiers.

Mais si j'ai dit :

« *Je vous donne cette maison; mais la donation sera résolue, si j'en dispose autrement plus tard.* »

Ce n'est là qu'une condition résolutoire qui n'empêche pas que le donataire n'ait, dès à présent, un droit acquis sur cette maison; or, s'il a un droit acquis, la donation ne peut pas être caduque par son prédécès; et par conséquent, il transmet ce droit à ses héritiers, si, même dans le cas où il meurt avant le donateur, celui-ci n'a pas disposé de sa maison (comp. Coin-Delisle, art. 1089; Marcadé, art. 1089).

C'était le raisonnement de Furgole, sur l'article 18 de l'Ordonnance, précisément en ce qui concerne les donations faites sous une condition résolutoire.

Mais pourquoi?

« *Notre texte*, disait-il, *rejette la caducité*, et suppose que le donataire a transmis ses droits à ses héritiers, quels qu'ils soient.... »

Or, dirons-nous, au contraire, *notre texte admet la caducité;* et par conséquent il implique que le donataire n'a pas transmis ses droits à ses héritiers.

Le texte de l'article 1089 est, en effet, absolu! et il nous paraît impossible d'y introduire cette distinction entre les conditions suspensives et les conditions résolutoires; d'autant plus que l'article 1086, ne prévoyant que des donations faites sous des conditions *résolutoires* potestatives, il en résulterait que l'article 1089, qui rappelle l'article 1086, ne serait pas du tout applicable aux espèces de donations qu'il a prévues! (Comp. Toullier, t. III, n° 826; Duranton, t. IX, n° 741; Troplong, t. IV,

nº 2485 ; Colmet de Santerre, t. IV, nº 259 *bis*, IV; Bonnet, t. II, nºs 586, 587.)

387. — La forme de rédaction de l'article 1089 semblerait supposer que c'est aux héritiers du donateur qu'incombe l'obligation de prouver que leur auteur a survécu au donataire :

« *Si le donateur survit* à l'époux donataire ou à sa postérité.... »

Mais, évidemment, au contraire, c'est aux héritiers du donataire qu'il faut imposer l'obligation de prouver que leur auteur a survécu au donateur.

Cela est évident, disons-nous, s'il s'agit d'une donation de biens à venir ou de biens présents et à venir, ou d'une donation de biens présents faite sous une condition suspensive (arg. des art. 135 et 1049; comp. notre *Traité de l'Absence*, nº 200).

Faut-il excepter le cas où il s'agirait d'une donation de biens présents faite sous une condition résolutoire?

M. Colmet de Santerre l'enseigne ainsi (t. IV, nº 363 *bis*, III).

Mais il nous paraîtrait plus juridique de ne pas faire même cette exception.

Les héritiers du donateur ont, en effet, dans tous les cas, un titre universel, qui comprend tous les biens dont leur auteur n'a pas disposé d'une manière irrévocable; et il s'étend dès lors à l'effet ou à la somme dont il s'était réservé la faculté de disposer, à moins que le donataire n'ait survécu, sans qu'il en ait disposé.

Lors donc que les héritiers du donateur réclament cet effet ou cette somme, en vertu de leur vocation universelle, les héritiers du donataire qui prétendent les retenir, se constituent demandeurs par voie d'exception; ils réclament un droit subordonné à l'existence de leur auteur; et ils doivent, en effet, prouver que leur auteur existait, lorsque le droit s'est ouvert (comp. Bonnet, t. II, nº 589).

588. — La mort civile du donateur ouvrait autrefois, de même que sa mort naturelle, le droit des donataires des biens à venir par contrat de mariage (art. 25; comp. notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, etc., n° 210).

Mais la mort civile est abolie; et la condamnation du donateur à une peine afflictive perpétuelle ne produirait plus aujourd'hui cet effet (comp. notre *Traité* précité; Appendice sur la loi du 31 mai 1854, n° 210).

589. — Il va de soi d'ailleurs que la donation ne serait pas caduque, par le prédécès du donataire, dans le cas où elle aurait été, de son vivant, purgée de la condition potestative, d'où résultait la chance de caducité : soit par l'accomplissement de cette condition, si elle était suspensive; soit par sa défaillance, si elle était résolutoire.

Je vous ai fait, par votre contrat de mariage, une donation sous cette condition : *si je me marie;* et je me suis marié, de votre vivant.

Ou bien, je vous ai fait la donation sous cette condition qu'elle sera résolue : *si mon neveu se marie;* et mon neveu est mort avant vous, sans s'être marié.

Il est clair que, dans l'un et l'autre cas, la donation, devenue pure et simple, ne saurait plus être caduque par le prédécès du donataire (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 263 *bis*, I).

590. — Il nous reste, sur l'article 1086, une remarque à faire, savoir : que ce caractère particulier, qui résulte, pour les donations par contrat de mariage, des conditions potestatives, sous lesquelles elles peuvent être faites, ou de la réserve, par le donateur, de la faculté de disposer d'un effet, qui s'y trouve compris, que ce caractère, disons-nous, ne s'attache qu'à la partie de la donation qui est affectée de ces conditions ou de cette réserve.

Quant à l'autre partie, qui n'en est pas affectée, elle conserve le caractère et les effets qui lui appartiennent, d'après le droit commun, soit de donation des biens pré-

sents, soit de donation des biens à venir, soit de donation cumulative des biens présents et à venir; car il n'y a pas de motif pour que le droit commun ne soit pas observé, en ce qui la concerne.

D'où la conséquence, lorsqu'il s'agit d'une donation de biens présents, que, tandis que la partie de cette donation, sur laquelle portent les conditions potestatives ou la réserve de la faculté de disposer, peut être faite aux enfants à naître et serait caduque par le prédécès de l'époux donataire et de ses enfants (art. 1086, 1082, 1089);

L'autre partie, au contraire, ne pourrait pas être faite au profit des enfants à naître et serait affranchie de toute chance de caducité (art. 1081; comp. Duranton, t. IX, n° 781; Troplong, t. IV, n° 2486; Colmet de Santerre, t. IV, n° 256 *bis*, III; Bonnet, t. II, n° 584).

391. — Nous avons dit et l'on vient de reconnaître que l'article 1086 déroge spécialement aux articles 944, 945 et 946.

Il est clair aussi d'ailleurs que l'article 943 n'est pas applicable aux donations par contrat de mariage; c'est ce que porte l'article 947; et les articles 1082 et 1084 y ont, en effet, formellement dérogé.

Ajoutons qu'il est possible de trouver aussi, dans notre article 1086 lui-même, une dérogation à l'article 943; car la faculté générale qu'il accorde au donateur de faire la donation sous des conditions dont l'exécution dépend de sa volonté, implique elle-même virtuellement la faculté de donner des biens à venir.

C'est ainsi que je pourrais donner, par contrat de mariage, tel immeuble, si j'en deviens propriétaire; ou encore les bénéfices, qui pourront me provenir du contrat de société, que j'ai fait avec un tiers (comp. Troplong, t. IV, n° 2455; Demante, t. IV, n° 259).

V.

A quelle époque doit être requise, dans les donations par contrat de mariage, la capacité de donner et de recevoir? — Et dans quel ordre ces donations doivent-elles être réduites, lorsque les libéralités faites par le donateur excèdent sa quotité disponible?

SOMMAIRE.

392. — C'est à dessein que nous réunissons, dans le même cadre, ces deux thèses, qui sont relatives à la capacité de donner et de recevoir, et à la réduction pour cause d'atteinte à la réserve, dans les donations par contrat de mariage.

De grandes différences, sans doute, à beaucoup de

points de vue, les séparent! l'une appartient au statut personnel; tandis que l'autre appartient au statut réel.

Mais il n'en est pas moins vrai qu'elles sont dominées, toutes les deux, dans notre matière, par un principe commun, qui doit également servir à les résoudre.

Ce principe, c'est celui qui résulte du caractère *contractuel*, en effet, des donations *par contrat de mariage;* principe capital, auquel nous attachons, pour notre part, une grande importance, et qui va jouer précisément, dans cette double thèse, un grand rôle!

393. — A. Et d'abord, à quelle époque doit être requise la capacité de disposer dans la personne du donateur par contrat de mariage, et la capacité de recevoir dans la personne du donataire?

Cette question ne saurait soulever de doute, en ce qui concerne les donations de biens présents, faites dans les termes de l'article 1081.

On sait, en effet, que ces donations sont soumises aux règles du droit commun des donations entre-vifs; et par conséquent, il faut y exiger la capacité active et passive des parties à la même époque, c'est-à-dire toujours et uniquement, à l'époque de la donation (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 695).

394. — Mais la solution n'est pas aussi simple, en ce qui concerne les donations des biens à venir et les donations des biens présents et à venir.

Ce qui fait alors la difficulté, c'est que ces donations semblent participer à la fois du caractère de la donation entre-vifs, puisqu'elles se font par contrat, et du caractère du testament, puisqu'elles exigent la survie du donataire et ne s'accomplissent que par la mort du donateur.

Aussi, trois systèmes se sont-ils produits :

a. — Le premier enseigne qu'il faut leur appliquer, sous le rapport de la capacité de disposer et de recevoir, les mêmes règles qu'aux testaments; d'où il résulterait :

D'une part, que la capacité du donateur serait seule exigée au moment de la donation, et que la capacité du donataire ne le serait pas;

Et d'autre part, que la capacité de l'un et de l'autre, et du donateur et du donataire, serait exigée à l'époque du décès du donateur.

C'est le système, qui avait été proposé d'abord par Demante (*Thémis*, t. VII, p. 476 et suiv.).

Mais il était évidemment inadmissible; car il ne tenait aucun compte de cet élément *conventionnel, contractuel*, qui est, au contraire, essentiellement caractéristique de ces sortes de donations; aussi, l'éminent auteur s'en est-il lui-même départi (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 264 *bis*, I).

b. — Le second système est beaucoup plus sérieux; et il compte, en effet, toujours des partisans considérables :

A l'époque de la donation, c'est-à-dire du contrat de mariage, ce système exige, en même temps, la capacité de disposer dans la personne du donateur et la capacité de recevoir dans la personne du donataire;

A l'époque du décès, il n'exige plus, dans la personne du donateur, la capacité de disposer; mais il exige encore, dans la personne du donataire, la capacité de recevoir à titre de donation.

D'où il résulterait que, si le donataire a été, dans l'intervalle de l'époque de la célébration du mariage à l'époque du décès du donateur, condamné à une peine afflictive perpétuelle, il ne pourrait pas recueillir le bénéfice de la donation, qui serait alors caduque (comp. Troplong, t. IV, n° 2494; Demante, t. IV, n° 264; et Colmet de Santerre, *h. l.*, n° 264 *bis*, I).

c. — Enfin, d'après le troisième système, que nous croyons devoir proposer, la capacité du donateur de disposer et la capacité du donataire de recevoir, doivent être exigées à une seule et même époque, à savoir : celle de la donation;

Mais il n'y a lieu d'exiger, à l'époque du décès, ni la capacité du donateur de disposer, ni la capacité du donataire de recevoir.

Notre première proposition est d'évidence! elle est admise aujourd'hui par tous les systèmes; et Demante, qui l'avait contestée, a fini par la reconnaître.

Toute donation par contrat de mariage, lors même qu'elle a pour objet les biens à venir, est une donation entre-vifs, et non pas un testament! c'est-à-dire qu'elle se forme, au moment de la donation, par le concours des volontés du donateur et du donataire; de la même manière absolument, sous ce rapport, que toute autre donation entre-vifs;

Donc, il faut y exiger à ce moment, en effet, de la même manière que pour toute donation entre-vifs, la capacité de disposer dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans la personne du donataire.

Cet argument, qui prouve irrésistiblement la vérité de notre première proposition, prouve, du même coup, et irrésistiblement aussi, suivant nous, la vérité de notre seconde proposition, à savoir : qu'il n'y a plus lieu d'exiger ensuite, lors du décès, ni la capacité du donateur de donner, ni la capacité du donataire de recevoir.

En effet, la donation, formée dès le moment du contrat, a été par conséquent, dès ce moment, irrévocable, de cette espèce d'irrévocabilité, bien entendu, qui lui est propre (art. 1083); et le droit a été acquis au donataire de recueillir ce qui en fait l'objet, sous les seules conditions que la loi y a mises;

Or, ce qui fait l'objet de la donation des biens à venir et de la donation des biens présents et à venir, c'est *la succession* du donateur; c'est *un droit héréditaire* dans cette succession;

Donc, il suffit désormais, pour que la donation produise son effet, que le donateur, lors de son décès, soit

capable de transmettre sa succession, et que le donataire, qui lui survit, soit capable de la recueillir.

Car c'est le droit de recueillir ce qui lui a été donné; et il est un héritier *contractuel* dans la personne duquel il n'y a, sous le rapport de la capacité, rien de plus à exiger que dans la personne de l'héritier légitime.

Voilà pourquoi le prédécès du donataire rend l'institution contractuelle caduque; car, pour succéder, il faut exister au jour de l'ouverture de la succession (art. 725);

Voilà aussi pourquoi la mort civile du donataire, avant la loi du 31 mai 1854, rendait caduque l'institution contractuelle; car, aux termes de l'article 25, le mort civilement ne pouvait plus recueillir aucune succession.

Et c'est précisément encore pourquoi, au contraire, depuis la loi du 31 mai 1854, qui a aboli la mort civile, la condamnation du donataire à une peine afflictive perpétuelle, lors du décès du donateur, ne rend pas l'institution contractuelle caduque.

Elle rend le condamné incapable de recevoir *à titre de donation!* (Art. 3.)

C'est vrai! mais elle ne le rend pas incapable *de recueillir une succession* (art. 2).

Or, il ne s'agit que de cela maintenant! il ne s'agit pas de la *confection* de la donation; la donation a été parfaite, dès le jour du contrat; il ne s'agit que de *son exécution*, et de savoir si le donataire peut recueillir *l'objet* auquel elle s'applique.

Voilà ce que M. Riché, rapporteur de la loi de 1854, a formellement déclaré :

« *Quant aux donations*, disait-il, *faites par contrat de* « *mariage, à celui qui aurait été condamné depuis, elles* « *seront exécutées, même les institutions contractuelles.* » (Dev., 1854, III, 102.)

Et il le faut bien, en vérité!

Que ferait-on, dans le système contraire, si, au jour du

décès du donateur, le donataire, alors condamné à une peine afflictive perpétuelle, avait des enfants?

Dirait-on que l'institution contractuelle est tout à fait caduque? cela est impossible, puisqu'il y aurait, à défaut de l'époux, des enfants issus du mariage.

Dirait-on, en conséquence, qu'elle s'ouvrirait au profit de ces enfants?

Mais, alors, quelle contradiction! le mariage, en faveur duquel cette donation a été faite, n'est pas dissous; d'autres enfants peuvent survenir encore; d'où il suivrait que les uns auraient droit à l'institution, tandis que les autres n'y auraient pas droit!

Tout ceci nous paraît impossible (comp. notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois, etc.*, n° 201; et Appendice sur la loi du 31 mai 1854, n° 16; Humbert, *Des Conséquences des condamn. pén.*, n° 444; Bonnet, t. II, n°s 415, 417).

595. — Nous croyons même qu'il faut appliquer cette doctrine à la donation, faites dans les termes de l'article 1086, sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur ou avec la réserve par le donateur de la faculté de disposer d'un effet ou d'une somme compris dans la donation.

La capacité de disposer et de recevoir ne nous paraît aussi devoir y être exigée qu'à l'époque de la donation.

Notre argument principal est, en effet, dans le cas de l'article 1086, le même que dans le cas des articles 1082 et 1084; à savoir : que c'est là encore une donation entre-vifs, et non pas un testament! et que l'élément contractuel qui y prédomine, lui imprime un caractère d'irrévocabilité, qui fait que le donateur ne peut plus la révoquer ni l'anéantir directement par sa seule volonté.

Objectera-t-on qu'il peut la révoquer ou l'anéantir, soit en accomplissant la condition à laquelle il l'a soumise, soit en disposant de l'effet ou de la somme, dont il s'est réservé la faculté de disposer?

Il est vrai; mais la loi n'a pas considéré que ce pouvoir fût absolument destructif du caractère contractuel de la donation; est-ce que le donateur des biens à venir, dans les termes de l'article 1082, n'a pas aussi le pouvoir de diminuer indirectement ou même d'anéantir la donation par des opérations à titre onéreux? certainement! (art. 1083) et pourtant, dans la donation des biens à venir, la capacité du donateur et du donataire n'est requise qu'à l'époque de l'acte.

Eh bien! pareillement, de ce que la donation, faite dans les termes de l'article 1086, demeure soumise à une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, ou de ce que le donateur pourrait disposer de certains biens, qui s'y trouvent compris, on n'est pas autorisé à conclure qu'elle n'est point parfaite, dès le jour de l'acte, sous la seule condition dont elle se trouve affectée; ce qui résulte uniquement de cette condition, c'est qu'elle imprime, sous certains rapports, à la donation par contrat de mariage, lors même qu'elle porterait sur des biens présents, le caractère d'une donation de biens à venir; d'où il suit que le droit du donataire revêt, dans ce cas aussi, le caractère d'un droit éventuel de succession, qui a son principe dans un contrat, et que ce n'est qu'à l'époque du décès du donateur qu'il pourra s'asseoir définitivement sur les biens donnés, si la condition, en effet, dont l'accomplissement pouvait le rendre caduc, ne s'est pas accomplie.

Mais à cette époque, en effet, si la condition ne s'est pas accomplie, son droit s'assied sur les biens donnés, en vertu de la donation entre-vifs, c'est-à-dire en vertu d'un contrat, dont la date et l'effet remontent à l'époque du contrat de mariage.

Et c'est en ce sens que nos anciennes coutumes disaient, avec une grande vérité, que :

« *Telles dispositions saisissent, les cas avenus.* (Art. 219 de la cout. de Bourbonnais; Auroux des Pommiers sur cet art.)

Eh bien! oui, *les cas avenus*, c'est-à-dire le donateur étant mort, sans que la condition, qui pouvait faire défaillir la donation, ait été accomplie, le donataire doit être considéré comme saisi dès le jour même de la donation (comp. notre *Traité de la publication, de l'application et des effets des lois*, etc., n° 201 ; *voy.* toutefois, Colmet de Santerre, t. IV, n° 264 *bis*, II).

396. — B. Il ne nous reste plus qu'à savoir dans quel ordre les donations faites par contrat de mariage doivent être réduites, lorsque les libéralités faites par le disposant excèdent sa quotité disponible (*supra*, n° 392).

Sur ce point, notre réponse est simple :

Aux termes de l'article 923, il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes;

Or, les donations par contrat de mariage sont des donations entre-vifs, et non pas des dispositions testamentaires;

Donc, il n'y a lieu de les réduire qu'après avoir épuisé les dispositions testamentaires; et lorsqu'il y a lieu à cette réduction, elle doit se faire, comme pour les autres donations entre-vifs, en remontant, par ordre de dates, des plus récentes aux plus anciennes.

Cette conclusion est, à nos yeux, irrésistible; car l'article 923, conforme, en ce point, à la théorie fondamentale de notre Code (art. 893), ne reconnaît que deux sortes de dispositions, à savoir : les donations entre-vifs et les dispositions testamentaires ; et puisqu'il est incontestable qu'aucune donation par contrat de mariage ne saurait être considérée comme une disposition testamentaire, la conséquence en est que toutes les donations par

contrat de mariage doivent être considérées comme des donations entre-vifs.

Telle est, en effet, la doctrine qui avait été consacrée, en matière de retranchement pour atteinte à la légitime, par les articles 36 et 37 de l'Ordonnance de 1731.

Et cette doctrine doit être encore aujourd'hui la nôtre.

597. — L'application en est d'abord toute simple à la donation de biens présents faite, dans les termes de l'article 1081, qui n'est en effet qu'une donation entre-vifs ordinaire.

Ajoutons, d'ailleurs, cette observation qui est commune à nos quatre espèces de donations, à savoir : que la date à considérer pour déterminer l'ordre des réductions, est celle du contrat de mariage, et non pas celle de la célébration du mariage; car si la donation est subordonnée à la condition de la célébration du mariage, elle n'est pas moins parfaite dès avant cette célébration, en ce sens que le donateur ne peut pas se délier, et qu'il se trouve dans l'impossibilité de révoquer la donation qu'il a consentie (comp. *supra,* nº 253; Troplong, t. IV, nº 2505).

598. — La même doctrine est applicable à la donation des biens à venir faite dans les termes de l'article 1082.

Il est bon, toutefois, d'expliquer dans quels cas et de quelle manière cette application doit être faite.

De deux choses l'une :

Ou il s'agit d'une institution contractuelle universelle;

Ou il s'agit d'une institution contractuelle à titre universel ou à titre particulier.

Dans le premier cas, *le donateur sera tenu de payer indéfiniment les légitimes*, disait l'article 36 de l'Ordonnance de 1731 ; et cela est encore vrai aujourd'hui.

Y a-t-il, en effet, des donations entre-vifs *antérieures?* elles ne peuvent être atteintes par la réduction qu'après l'institution contractuelle (art. 923).

Quant aux donations postérieures, elles sont tout à fait nulles, et non pas seulement réductibles, si elles dépassent la limite, dans laquelle l'article 1083 permet à l'instituant de disposer encore à titre gratuit.

Et si elle ne dépasse pas cette limite, non-seulement elles sont valables à l'encontre de l'institution contractuelle; mais elles ne sont pas même réductibles avant elle, quoiqu'elles aient été faites à une date postérieure; car l'instituant doit être considéré comme s'étant réservé la faculté de faire ces dons modiques par prélèvement sur l'institution contractuelle; ce sont là, en effet, relativement à l'institué, non pas des donations postérieures, mais plutôt des charges contemporaines et inséparables de son institution elle-même (comp. Troplong, t. IV, n° 2509; Bonnet, t. II, n° 670).

599. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque l'institution contractuelle est seulement à titre universel ou à titre particulier, *le donataire ne sera obligé de payer lesdites légitimes au delà de ce dont il peut être tenu de droit, suivant l'article* 34 (art. 36 de l'Ordonnance); l'article 34 correspondait à notre article 923; d'où il suit que, dans ce cas, l'institué contractuel était, quant au retranchement, traité comme tout autre donataire entre-vifs; et nous pouvons encore dire que cela est toujours vrai.

Voici, par exemple, une donation de la moitié des biens à venir du donateur.

Qu'elle soit réductible avant la donation *antérieure*, cela va de soi!

Quant aux donations postérieures, elles seront d'abord non pas réductibles, mais nulles pour la moitié, en vertu de l'article 1083.

Et, pour l'autre moitié, elles devront être réduites avant l'institution contractuelle, qui ne sera atteinte qu'autant que ces donations postérieures ne suffiront pas à parfaire la réserve (comp. Duranton, t. VIII, n° 751; Grenier, t. III, n° 696; Coin-Delisle, art. 1090, n° 2; Troplong,

t. IV, n° 2506; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n°s 285 et 286 *bis*, I; Bonnet, t. II, n° 670).

400. — L'article 36 de l'Ordonnance prévoyait le cas où le donataire d'une partie des biens à venir ou des biens présents et à venir aurait été *expressément chargé*, par la donation, de payer les légitimes; et voici ce qu'il décidait :

« Au quel cas d'expression de ladite charge, le donataire sera tenu *directement et avant tous les donataires, quoique postérieurs*, d'acquitter lesdites légitimes, pour la part et portion dont il aura été chargé dans la donation; et si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée, elle demeurera fixée à telle et semblable portion que celle pour laquelle les biens présents et à venir se trouveraient compris dans la donation, sauf au donataire, dans tous les cas portés par le présent article, de renoncer, si bon lui semble, à la donation. »

Cette solution serait encore applicable; car elle n'est qu'une conséquence particulière de la disposition générale de l'article 1086.

Si donc, par exemple, le donataire de la moitié des biens à venir ou des biens présents et à venir avait été expressément chargé de fournir les réserves des héritiers du donateur, il serait, en effet, tenu de les fournir *directement*, comme disait l'Ordonnance, et avant que les donataires, même postérieurs au contrat de mariage, et les légataires pussent être attaqués en réduction (comp. Troplong, t. IX, n° 2507; Bonnet, t. II, n° 671).

401. — D'anciens auteurs allaient même plus loin; et ils voulaient que le donataire d'une partie des biens à venir, qui avait été chargé par l'acte de donation d'acquitter les légitimes, fût tenu de les acquitter, même dans le cas où le donateur n'avait pas fait d'autres dispositions, et où les légitimaires trouvaient à se remplir de leur légitime dans les biens de la succession ab intestat

(comp. Furgole, sur l'article 36 de l'Ordonn.; Henrys, t. II, l. VI, quest. 17).

Mais cette doctrine avait soulevé de vives résistances; Bretonier était du nombre des opposants (sur Henrys, *loc. supra*); et de Cambolas rapporte un arrêt du Parlement de Toulouse, qui avait refusé de l'admettre (liv. V, ch. XL).

C'est que, en effet, on a de la peine à comprendre une action en réduction intentée contre un donataire par un héritier qui a sa réserve entière dans ses mains! et s'il est vrai que le donateur puisse, dans sa souveraine volonté, imposer cette condition au donataire, du moins faudrait-il qu'elle fût expresse!

402. — Nous venons de parler de la donation des biens à venir.

Quant à la donation des biens présents et à venir, de deux choses l'une :

Ou le donataire l'accepte tout entière, sans division, lors du décès du donateur; et alors, tout ce que nous venons de dire lui est applicable, puisqu'elle n'est elle-même, dans ce cas, qu'une donation des biens à venir;

Ou le donataire opte pour les biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur; et alors, elle devient une donation de biens présents; d'où il suit qu'elle ne peut être soumise à la réduction qu'à sa date, comme toute autre donation entre-vifs; c'est ce que portait expressément l'article 37 de l'Ordonnance de 1731 (comp. Furgole, sur cet article).

D'où il suit que les libéralités, même modiques et à titre rémunératoire, que le donateur aurait faites dans les termes de l'article 1083, seraient alors réductibles elles-mêmes avant la donation des biens présents (comp. *supra*, n° 398; Troplong, t. IV, n° 2510).

403. — Reste la donation, qui peut être faite, dans les termes de l'article 1086, sous des conditions potestatives, ou avec la réserve, par le donateur, de la faculté de disposer de certains biens, qui s'y trouvent compris.

Et d'abord, la donation a-t-elle été faite sous la condition d'acquitter indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur, ou sous toute autre condition dont l'exécution dépendrait de sa volonté?

Nous croyons qu'il n'en faut pas moins la considérer, au point de vue de la réduction, comme une donation entre-vifs, qui ne peut être atteinte, d'après l'article 923, que suivant l'ordre de sa date.

Elle est une *donation!* et cela suffit pour que cet article lui soit applicable (*supra*, n° 396).

Il est vrai qu'elle est affectée d'une condition de révocabilité, qu'il dépend du donateur de faire arriver ou d'empêcher.

Mais cette condition est déterminée et définie; de sorte que, sauf cette chance, la donation doit être traitée comme une donation irrévocable; et le donateur ne pourrait pas, en effet, la révoquer d'aucune autre manière!

Et, comme cette révocation ne s'est pas accomplie, il faut dire que *le cas est avenu*, et que le donataire doit être considéré comme ayant été *saisi* dès le jour du contrat de mariage (comp. Coin-Delisle, art. 1089, n° 2; Troplong, t. IV, n° 2511; Demante, t. IV, n° 265; *voy.* toutefois Colmet de Santerre, *h. l.* n° 265 *bis*, I).

404. — Supposons maintenant que le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un effet ou d'une somme, compris dans la donation.

Il faut distinguer deux hypothèses pour savoir dans quels cas et comment la réduction peut atteindre cette donation :

Ou le donateur n'a pas disposé des biens, dont il s'était réservé la faculté de disposer;

Ou, au contraire, il en a disposé.

a. Dans la première hypothèse, la réponse nous paraît facile, au point où nous en sommes.

Paul a fait à Pierre, dans son contrat de mariage, une

donation, par laquelle il s'est réservé la faculté de disposer de l'immeuble A, qui s'y trouve compris.

Il a fait ensuite des donations entre-vifs ou des legs, qui portent sur d'autres biens, ou sur des quantités *in genere;* mais il n'a fait aucune disposition qui porte spécialement sur l'immeuble A, dont il s'était réservé la faculté de disposer.

Cependant, Paul laisse un héritier réservataire, qui ne trouve pas, dans la succession, des biens suffisants pour former sa réserve.

A qui doit-il la demander? et quels biens la réduction doit-elle d'abord atteindre?

Doit-elle atteindre d'abord les biens compris dans les legs et dans les donations postérieures, avant d'arriver à l'immeuble A, qui est compris dans la donation faite à Pierre?

Ou, au contraire, faut-il que la réduction atteigne d'abord l'immeuble A, avant d'atteindre les biens qui ont été légués ou donnés postérieurement?

Plusieurs ont répondu que c'était l'immeuble A, qui devait d'abord fournir la réserve, et que c'était Pierre, donataire par contrat de mariage, qui devait être attaqué en réduction, dans cette partie de sa donation, avant les donataires postérieurs et les légataires : la donation faite à Pierre, ont-ils dit, était révocable, en tant qu'elle avait pour objet l'immeuble A; et on doit, en conséquence, décider qu'elle a été révoquée par les dispositions que Paul a faites postérieurement (comp. Delvincourt, t. II, p. 243, 244; Grenier, t. III, n° 609; et de Freminville, *h. l.*, note *a;* Duranton, t. VIII, n° 358; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Portion disponible,* n° 98).

Nous n'hésitons pas à décider, au contraire, que, avant d'atteindre l'immeuble A, donné à Pierre dans son contrat de mariage, la réduction devra frapper d'abord les biens donnés postérieurement.

La donation de l'immeuble A était révocable!

Il est vrai ; mais elle n'a pas été révoquée; et par conséquent, *le cas n'étant pas avenu*, Pierre, le donataire, est réputé en avoir été saisi dès le jour du contrat de mariage, comme de tous les autres biens compris dans la donation, qui n'étaient pas affectés de la faculté d'en disposer.

C'est toujours, comme on voit, notre même argument; et toujours, en effet, aussi décisif! (*supra*, n° 396).

Nous disons que la donation de l'immeuble A n'a pas été révoquée par Paul; le donateur. En effet, la révocation ne doit pas se présumer (arg. de l'article 1036); or, de ce que le donateur a disposé ensuite soit d'autres biens déterminés, soit de sommes ou de quantités quelconques, on ne saurait conclure qu'il a voulu exercer la faculté qu'il s'était réservée de disposer de l'immeuble A, qu'il a donné à Pierre par son contrat de mariage; il a pu (comme il arrive si souvent!) se croire, au moment où il faisait ces dispositions nouvelles, plus riche qu'il n'était! il se peut même qu'il fût, à ce moment-là, en effet, très-riche, et que ce ne soit que postérieurement à ses nouvelles dispositions, que des revers imprévus aient diminué sa fortune; on s'exposerait à méconnaître sa volonté et ses plus chères préférences le plus souvent, en faisant porter la réduction sur cette réserve, à laquelle rien n'annonce qu'il ait même eu la pensée de toucher! (comp. Coin-Delisle, art. 1090, n° 7; Levasseur, de *la Portion dispon.*, n° 115; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 579, 580; Troplong, t. IV, n° 2514; Bonnet, t. II, n° 673).

405. — La seconde hypothèse est celle où le donateur, exerçant la faculté qu'il s'était réservée, a disposé des biens auxquels cette faculté s'appliquait.

Paul, par exemple, a légué ou donné entre-vifs, depuis le contrat de mariage, l'immeuble A, dont il s'était réservé la faculté de disposer, lors de la donation qu'il a faite à Pierre (*supra*, n° 404).

Si ses libéralités dépassent la quotité disponible, la-

quelle devra être atteinte la première par la réduction : de la donation elle-même, qui a été faite par contrat de mariage; ou de la donation qui a été faite postérieurement de l'immeuble A?

D'après la doctrine de Furgole, qui paraît être encore aujourd'hui, très-justement, la doctrine commune, il faut distinguer si la donation, qui a été faite par contrat de mariage, est universelle, ou si elle est à titre universel ou à titre particulier.

Dans le premier cas, c'est la donation par contrat de mariage elle-même, qui doit fournir la réserve, avant la donation qui a été faite postérieurement de l'objet, dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer; en effet, le donateur, en se réservant cette faculté, a entendu évidemment pouvoir faire de cet objet une disposition, qui serait préférable à la donation dont il se réservait précisément la faculté de le distraire; il a entendu surtout en pouvoir faire une disposition sérieuse et efficace! or, il n'en serait rien pourtant, si la donation de cet objet devait être atteinte par la réduction, avant la donation du contrat de mariage; car cette donation étant, on le suppose, universelle, la donation de l'objet particulier, dont il s'était réservé la disposition, serait, presque toujours, atteinte; et *la réservation*, dit Furgole, *se trouverait inutile!* il faut donc reconnaître que dans ce cas, en effet, le donataire universel doit être considéré comme un héritier, dont l'obligation est d'acquitter toutes les charges de la succession, et que cette *sous-donation* de l'objet, dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer, n'est elle-même, à son égard, qu'une des charges de la succession (comp. Furgole, sur l'article 36 de l'Ordonn.; arg. de l'article 1009).

Mais, au contraire, si la donation par contrat de mariage est seulement à titre universel ou à titre particulier, ces motifs n'existent plus; le donateur ayant encore, outre les biens compris dans la donation et dans la *réservation*,

d'autres biens, dont il peut disposer, on n'est plus autorisé à interpréter la faculté qu'il s'est réservée de disposer d'un effet compris dans la donation, en ce sens qu'il ait entendu mettre à la charge du donataire l'acquittement de la réserve, abstraction faite de cet effet lui-même et de ses autres biens; et comme le donataire à titre universel, et surtout le donataire à titre particulier, n'est tenu d'ailleurs ni par aucun texte, ni par la nature de son titre, à l'acquittement de la réserve, autrement que d'après le droit commun, il faut, en effet, lui appliquer le droit commun de l'article 923, et décider qu'il ne sera sujet à l'action en réduction, que suivant la date de son titre, et par conséquent après la donation, que le donateur aura faite postérieurement, de l'objet dont il s'était réservé la faculté de disposer (comp. Grenier, t. II, n° 609; Rolland de Villargues, *Répert. du Notariat*, v° *Port. disponible*, n° 94; Coin-Delisle, art. 1090, n°s 5-6; Beautemps-Beaupré, n° 965.)

Cette distinction est, suivant nous, juridique.

Nous devons ajouter, toutefois, qu'elle a été combattue dans deux sens diamétralement opposés.

C'est ainsi, d'une part, que M. Troplong enseigne que c'est toujours la donation par contrat de mariage elle-même, qui est soumise à la réduction, avant la donation postérieure de l'objet, dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer; et cela, non-seulement lorsqu'elle est universelle, mais encore lorsqu'elle est seulement à titre universel ou à titre particulier (t. IV, n°s 2512, 2513; comp. Cass., 7 juill. 1835, Desassis, Dev., 1835, I, 914).

Tandis que, d'une autre part, M. Bonnet enseigne que c'est toujours, au contraire, la donation postérieure de l'objet compris dans *la réservation*, qui doit être soumise à la réduction, avant la donation elle-même, qui a été faite par le contrat de mariage (t. II, n°s 674, 675).

Mais ces deux opinions extrêmes nous paraissent trop absolues; nous ne voulons pas dire qu'elles ne devraient

jamais être admises; car c'est là, principalement, une question d'interprétation de volonté ; et il se pourrait que les termes de la donation, l'importance plus ou moins grande des biens donnés et de ceux compris dans *la réservation*, fissent prévaloir tantôt l'une, tantôt l'autre.

Mais en thèse générale, ce qui nous paraît le plus sûr, c'est de s'en tenir à la distinction que nous venons de présenter; et, quand M. Bonnet, pour la détruire, oppose l'article 923, et prétend qu'il est impossible, sans violer le texte de cet article, de ne pas suivre, dans la réduction, l'ordre de date des donations, la réponse est bien simple; Furgole, qui s'était aussi fait l'objection, l'y avait apportée lui-même (sur l'article 36 de l'Ordonn.); c'est que la volonté du donateur est souveraine! et que l'article 923 ne s'oppose pas à ce que, dans l'acte même de donation, le donateur par contrat de mariage impose à son donataire l'obligation de fournir les réserves, avant les donations, qu'il pourrait faire ensuite. (*Supra*, n° 400.)

406.—A l'époque où une donation a été faite par contrat de mariage, la loi fixait la réserve des futurs héritiers du donateur, par exemple, au tiers des biens.

Et voilà que, à l'époque de son décès, une loi nouvelle fixe la réserve à la moitié des biens.

Cette loi sera-t-elle applicable à la donation faite antérieurement à sa promulgation?

Évidemment non, si cette donation est de biens présents, ou de biens à venir, ou de biens présents et à venir (art. 2; comp. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'application des lois*, etc., n°s 51-53).

Mais en sera-t-il de même, s'il s'agit d'une donation faite dans les termes de l'article 1086, et notamment d'une donation par laquelle le donateur se serait réservé la faculté de disposer de certains biens qui s'y trouvent compris?

Les biens, qui font l'objet de cette *réservation*, seront-

ils soumis à l'application de la loi nouvelle, en ce qui concerne la détermination du *quantum* de la réserve, dans le cas où le donateur n'en aurait pas disposé avant sa promulgation?

On voit que cette question met encore particulièrement en scène le caractère de la *réservation;* et voilà pourquoi nous la soulevons ici, quoiqu'elle se ratache à la théorie de la non-rétroactivité, qui n'est pas, en ce moment, l'objet de notre étude.

M. Troplong, tout en reconnaissant *qu'elle n'est pas exempte de difficultés*, considère toutefois *comme victorieuses* les raisons qui doivent, suivant lui, faire décider que la loi nouvelle sera applicable à la partie de la donation qui est affectée de la faculté de disposer, que le donateur s'est réservée; et qu'on ne saurait voir un droit acquis au donataire dans cette valeur réservée, dont un caprice du donateur aurait pu le priver (t. IV, n° 2467); il cite un arrêt de la Cour de cassation qui paraît l'avoir décidé ainsi (11 oct. 1811, Siraudin, Dev., et Car., III, I, 410.)

Mais cette solution est-elle juridique?

Nous hésitons beaucoup à le croire.

L'objet, dont le donateur s'était reservé la faculté de disposer, était compris dans la donation; et il était lui-même acquis au donataire, sous la condition seulement que le donateur n'en disposerait pas;

Or, le donateur n'en a pas disposé; et *le cas est avenu;*

Donc, le donataire est réputé en avoir été saisi dès le jour du contrat de mariage, comme des autres biens compris dans la donation.

Il n'est pas exact d'avancer qu'il pouvait en être privé *par un simple caprice* du donateur; non! il fallait que le donateur, s'il voulait l'en priver, en disposât au profit d'un autre; telle était la chance déterminée et définie de révocation, à laquelle le droit du donataire était soumis.

Voilà les principes qui nous ont, jusqu'à ce moment,

guidé dans l'appréciation du caractère de cette donation; et ne serait-ce pas une *défaillance*, que de les abandonner sur cette dernière question?

Nous le croyons ainsi, d'autant plus que M. Troplong ne semble pas être très-ferme dans son dissentiment; on peut voir les vifs reproches, que l'illustre auteur adresse à la loi du 18 pluviôse an v, qui avait supprimé, dans les donations par contrat de mariage, la faculté de disposer de certains biens, que les donateurs s'étaient réservée, et qu'il déclare que *c'était là un criant abus de pouvoir!* (t. IV, n° 2466).

Mais pourquoi donc un abus de pouvoir, si aucun droit n'eût été acquis au donataire?

Nous sommes certes tout à fait de l'avis de M. Troplong, sur cet article de la loi du 18 pluviôse an v!

Mais c'est précisément parce que, suivant nous, le droit du donataire était acquis, sous la condition seulement que le donateur n'exercerait pas la faculté qu'il s'était réservée.

CHAPITRE IX.

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX, SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE.

SOMMAIRE.

407. — Ce chapitre neuvième et dernier de notre titre est consacré aux trois points suivants; savoir :

I. Aux donations, entre futurs èpoux, par contrat de mariage;

II. Aux donations, entre époux, pendant le mariage;

III. A la quotité disponible, entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

Tel est aussi l'ordre, que nous allons suivre.

I.

Des donations, entre futurs époux, par contrat de mariage.

SOMMAIRE.

408. — Les futurs époux peuvent se faire, soit l'un des deux à l'autre, soit réciproquement, par contrat de mariage, telles donations qu'ils jugent convenables. — Explication philosophique, et historique.
409. — Suite.
410. — Les futurs époux peuvent se faire, entre eux, par contrat de mariage, les quatre espèces de donations, qui, d'après le chapitre précédent, peuvent leur être faites par des tiers.
411. — *a*. De la donation de biens présents, entre futurs époux, par contrat de mariage.
412. — Suite.
413. — Suite.
414. — Suite.
415. — Suite.
416. — *b*. De la donation de biens à venir, entre futurs époux, par contrat de mariage.
417. — Suite.
418. — *c*. De la donation cumulative de biens présents et à venir, entre futurs époux, par coutrat de mariage.
419. — *d*. De la donation faite, entre futurs époux, par contrat de mariage, sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, ou avec la réserve, par le donateur, de disposer d'une certaine somme ou de certains effets compris dans la donation.
420. — Suite.
421. — Suite.
422. — Il faut appliquer aux donations, que les futurs époux peuvent se faire, par contrat de mariage d'après le chapitre IX, les règles qui sont communes aux donations qui peuvent leur être faites par des tiers, d'après le chapitre VIII.
423. — Suite.
424. — Suite.
425. — Suite.
426. — Suite.
427. — Du cas où le futur époux est mineur. — Quelles sont les conditions sous lesquelles il peut faire une donation à son futur époux par contrat de mariage?
428. — Suite.
429. — Suite.

408. — L'article 1091 est ainsi conçu :

« Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire « réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle dona- « tion, qu'ils jugeront à propos, sous les modifications « ci-après exprimées. »

La règle est donc la liberté, pour les futurs époux, de se faire telles donations qu'ils jugent convenables (comp., art. 1387).

C'est que, en effet, les donations, que les futurs époux se font entre eux, par contrat de mariage, sont, comme les donations qui leur sont faites par des tiers, les conditions presque toujours déterminantes du mariage lui-même; et qu'elles doivent dès lors participer à la faveur que la loi accorde au mariage.

C'est aussi que, avant la célébration du mariage, les futurs époux se trouvent dans une égale position d'indépendance; il est vrai que souvent ils sont encore mineurs, les femmes surtout; mais précisément, le législateur a institué, pour cette hypothèse, des mesures spéciales de protection (art. 1395; *infra,* n° 427.)

Ces considérations semblent bien suffisantes pour justifier le principe de liberté que l'article 1091 proclame.

Et, pourtant, ce principe n'a pas toujours été admis, du moins avec la même étendue, dans les législations antérieures.

Sans remonter à cette époque de la législation romaine, où on exigeait la réciprocité et l'égalité entre la dot apportée par la femme au mari, et la donation *ante nuptias* faite par le mari à la femme, « *pacta lucrorum dotis et « ante nuptias donationis paria esse.* » (L. 10 Cod. *De pact. convent.;* Nov. 99, cap. I);

Plusieurs de nos anciennes coutumes avaient soumis à des restrictions importantes, les donations entre futurs époux, par contrat de mariage, en ce qui concerne *les propres*, dont nous savons, en effet, que le droit coutumier voulait, avec une grande énergie, la conservation dans les familles; et on conçoit qu'il se fût préoccupé du danger considérable que présentaient, à ce point de vue, les donations entre époux, qui devaient avoir pour résultat, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants du mariage, de faire passer les propres de l'époux donateur dans la famille de l'époux donataire.

Il avait donc voulu conjurer ce danger, très-sérieux en effet :

Soit en limitant à une certaine portion seulement des propres la faculté, pour les époux, de se faire des donations par contrat de mariage;

Soit en déclarant que ces donations seraient résolues, par le décès, sans enfants, de l'époux donataire avant l'époux donateur.

Le premier moyen, toutefois, n'avait été admis qu'exceptionnellement, dans un petit nombre de provinces (cout. de Bretagne, art. 207; de Touraine, art. 236); et le droit commun des pays coutumiers paraît avoir été contraire à cette restriction (cout. d'Orléans, art. 102; de Montargis, art. 8 du t. VIII).

Mais il n'en était pas ainsi du second moyen, qui formait une règle généralement observée dans les provinces coutumières.

Notre Code n'a, au contraire, admis ni l'un ni l'autre.

Qu'il n'ait pas pu admettre une restriction fondée sur le principe qui voulait la conservation des biens dans les familles et sur la distinction des *propres et des acquêts*, cela est d'évidence! (art. 732; comp. notre *Traité des Successions,* t. I, n° 365).

Mais nous allons voir même qu'il n'a pas admis non

plus la seconde restriction par laquelle le droit coutumier avait dénaturé le caractère de la donation entre-vifs de biens présents, entre futurs époux, par contrat de mariage (*infra*, nos 411, 412).

409. — C'est donc, dans notre droit nouveau, le principe de la liberté de disposition qui prédomine.

En conséquence, les donations, entre futurs époux, peuvent être soit *réciproques*, soit *simples* ou faites seulement par l'un des deux à l'autre (art. 1091, 1093).

Et, à plus forte raison, lorsqu'elles sont réciproques, peuvent-elles être inégales, sans qu'il y ait lieu de s'enquérir si la fortune de l'un est plus considérable que celle de l'autre, et si chacun donne en proportion de ce qu'il reçoit (comp. Ferrières, sur la cout. de Paris, art. 272, gloss. I, n° 8);

Pas plus qu'il ne faudrait regarder à la différence d'âge qui pourrait exister entre les futurs époux, fût-ce même *une vieille hors d'aâge de faire enfants qui espousât un jeune homme*; Guy-Coquille, toutefois, s'indignait des donations faites par la *vieille;* et il aurait voulu qu'on les déclarât *nulles comme déshonnêtes* (sur l'article 7 du tit. *des Donations* de la cout. de Nivernais).

Mais il est évident que cette donation ne saurait, pas plus que le mariage lui-même, être déclarée nulle, à cause seulement de la disproportion d'âge entre les futurs époux, sauf seulement les moyens de nullité qui pourraient résulter, d'après le droit commun, de l'insanité d'esprit, du dol et de la fraude; auquel cas, il ne serait pas impossible que la donation fût annulée, lors même que le mariage serait maintenu (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, nos 8 et 18; l'arrêt dn Parlement de Paris du mois d'août 1614, cité par Ferrières, *loc. supra;* Troplong, t. IV, n° 2520).

Ne voit-on pas aussi, d'ailleurs, *des vieux* épouser de jeunes filles! et c'est alors surtout que les donations par contrat de mariage sont presque toujours immodérées!

Mais la question serait, dans les deux cas, la même; question de fait, au point de vue de la sanité d'esprit de l'époux donateur.

410. — L'article 1091, en autorisant les futurs époux à se faire, par contrat de mariage, *telles donations qu'ils jugeront à propos*, comprend évidemment, dans ces termes, les quatre espèces de donations qui, d'après le chapitre précédent, peuvent être faites par des tiers aux futurs époux, à savoir :

a. La donation de biens présents (art. 1081 ;

b. La donation des biens à venir (art. 1082);

c. La donation cumulative des biens présents et à venir (art. 1084, 1085);

d. La donation faite sous des conditions potestatives ou avec la réserve de disposer de certains objets (art. 1086).

Mais, comme l'article 1091 annonce que ces donations faites entre futurs époux, sont soumises à certaines *modifications*, il convient de les rappeler successivement.

411. — *a.* Aux termes de l'article 1092 :

« Toute donation entre-vifs de biens présents, faite « entre époux, par contrat de mariage, ne sera point cen- « sée faite sous la condition de survie du donataire, si « cette condition n'est formellement exprimée; et elle « sera soumise à toutes les règles et formes ci-dessus « prescrites pour ces sortes de donations. »

Il n'y a point, évidemment, là de modification au droit commun; tout au contraire! ce qui résulte de l'article 1092, c'est que les donations de biens présents entre futurs époux, par contrat de mariage, sont régies, comme les donations semblables que des tiers pourraient leur faire, par les règles ordinaires de la donation entre-vifs.

De sorte que l'article 1092 correspond entièrement à l'article 1081, et que tout ce que nous avons déjà dit de celui-ci, est applicable à celui-là.

C'est ainsi, par exemple, en ce qui concerne les formes,

que, si la donation de biens présents, entre futurs époux, comprend des immeubles, elle est soumise à la formalité de la transcription;

Comme il doit y être joint un état estimatif, si elle comprend des meubles (art. 939, 948).

Et de même, quant à ses effets, cette donation saisit actuellement et irrévocablement l'époux donataire, dont le droit désormais acquis n'est pas subordonné à la condition de sa survie au donateur.

412. — Cette dernière conséquence est aussi évidente que les autres.

Mais pourquoi le législateur a-t-il cru devoir la rappeler spécialement dans l'article 1092?

L'explication en est dans les traditions de notre ancienne jurisprudence, qu'il était nécessaire, en effet, d'écarter nettement sur ce point.

Déjà nous avons vu que plusieurs coutumes subordonnaient à la condition de la survie de l'époux donataire, les donations qui comprenaient les *propres* de l'époux donateur (*supra*, n° 408).

Mais, en outre, et d'une manière plus générale, certains auteurs enseignaient que toute donation entre futurs époux, même de biens présents, était soumise, de plein droit, à la condition de survie, *par la raison*, dit Furgole, qui tenait fort pour cet avis, *que, dans ces sortes de donations, on considère uniquement la personne du donataire.* (Quest. 49, n° 27; comp. Maynard, liv. IV, chap. LVI, n° 14).

Cette doctrine, toutefois, n'était pas, même en ce temps, unanimement reçue; et Ricard la combattait, en répondant que « *la nature de la donation entre-vifs, attribuant, de soi, un droit présent et irrévocable au donataire, il est évident que, en l'espèce dont nous parlons, aussi bien que dans toute autre, on ne peut pas y introduire un droit de révocation et de retour, s'il n'est établi par quelque disposition particulière qui contienne une exception à la règle.* »

(*Des Donations*, Part. III, n° 823; comp. Dumoulin, *de Donat. in contr. matrim. fact.*, n°s 13, 14).

Cela nous paraît incontestable ! et c'est très-justement, suivant nous, que le législateur de 1804 l'a décidé ainsi.

Lors donc que les futurs époux déclarent se faire une donation entre-vifs de biens présents, c'est, en effet, une donation entre-vifs qu'ils ont faite ! ils le pouvaient bien apparemment; et par conséquent, s'ils n'en ont modifié les effets par aucune clause particulière, cette donation produit, entre eux, l'effet actuel et irrévocable de toute donation entre-vifs ! (comp. *infra*, n 469.)

413. — Ce n'est pas que la considération, sur laquelle Furgole se fondait, ne soit elle-même très-grave.

De deux choses l'une, en effet :

Ou le futur époux donataire mourra, avant le donateur, sans qu'il y ait d'enfants du mariage ; et alors, voilà la propriété des biens donnés, qui va enrichir sa famille, aux dépens de son conjoint survivant et des siens ;

Ou l'époux donataire prédécédera, laissant des enfants du mariage ; et alors, pourquoi donc ces enfants, qui sont aussi ceux de l'époux donateur, auraient-ils, de son vivant, par préférence à lui, la propriété des biens qu'il avait donnés à son conjoint ? Ne vaut-il pas mieux, sous tous les rapports, qu'ils ne soient appelés à les recueillir que plus tard, dans la succession de leur auteur survivant ? (Comp. le tome III de ce *Traité*, n° 494.)

Oui, sans doute; cette considération est très-grave !

Mais on l'exagérait pourtant, quand on voulait en conclure que la donation devait être, de plein droit, présumée faite sous la condition de survie, lorsque l'époux donateur ne l'y avait pas, en effet, soumise.

Ce qui en résulte seulement, c'est que l'époux donateur lui-même pourra être souvent enclin à stipuler la condition de survie du donataire, ou la clause de retour, en cas de prédécès.

Cette faculté de soumettre la donation entre-vifs à la

condition de la survie du donataire au donateur, qui est de droit commun, appartient, bien entendu, aussi au futur époux donateur.

Et elle n'est pas plus soumise, pour lui que pour tout autre, à des termes sacramentels; c'est donc une pure question d'interprétation que celle qui peut s'élever de savoir si, en fait, la donation a été soumise à cette condition (comp. le tome III précité, nos 512-514).

Le Tribunal de cassation, dans ses *Observations* sur le projet du Code civil, avait demandé que la condition de survie s'induisît, lorsque la donation entre les futurs époux était réciproque, de ce caractère même de réciprocité :

« Lorsqu'il y a réciprocité, il est, disait-il, *évident que* « *l'intention des parties a été que celui des époux, qui sur-* « *vivrait, resterait seul propriétaire, tant de son patrimoine* « *que du patrimoine de l'époux prédécédé.* » (Fenet, t. II, p. 711.)

Nous ne sommes que très-peu frappé de cette évidence; et c'est, à notre avis, avec grande raison, que les auteurs de notre Code n'ont pas admis l'amendement proposé (comp. Troplong, t. IV, n° 2529).

414. — La donation peut, d'ailleurs, être subordonnée à la survie du donataire de deux manières différentes :

Soit sous la condition *suspensive* de cette survie;

Soit sous la condition *résolutoire*.

La future épouse, par exemple, déclare donner à son futur époux, *s'il lui survit*, tel immeuble qu'elle apporte en dot.

Ou bien c'est le futur époux, qui déclare donner à la future épouse, *si elle lui survit*, tel de ses immeubles.

Ces sortes de clauses expriment, ordinairement, une condition *suspensive;* et nos anciens auteurs citaient aussi, comme un exemple *journalier*, la donation *des bagues et joyaux*, que le futur époux faisait à sa future

épouse, en cas de survie (comp. Ricard, *loc. supra cit.;* Bergier, *h. l.*, note 1; Furgole, quest. 49, n° 36).

Mais, au contraire, la condition de survie du futur époux donataire ne serait que *résolutoire*, si, par exemple, après lui avoir donné tel immeuble, le donateur déclarait que cet immeuble lui *fera retour*, si le donataire meurt avant lui (art. 951, 952).

Remarquons, toutefois, que la condition suspensive de survie, dans les donations de biens présents entre futurs époux, paraît plus généralement usitée que la condition résolutoire.

415. — Aussi, est-il essentiel de la bien reconnaître et de ne la point confondre avec la simple donation de biens à venir.

Il existe, sans doute, entre l'une et l'autre, ce point de ressemblance que, finalement, si l'époux donataire ne survit pas à l'époux donateur, il ne profitera pas du bénéfice de la donation; et voilà bien ce qui peut, dans certains cas, rendre la distinction délicate.

Mais cette distinction n'en est pas moins certaine.

La donation de biens présents, entre futurs époux, par contrat de mariage, est toujours une vraie et parfaite donation, lors même qu'elle est subordonnée à la condition suspensive de la survie du donataire au donateur; cette condition n'en est qu'une modalité accidentelle, qui, ne détruisant nullement son caractère, ne l'empêche pas de dessaisir actuellement et irrévocablement le donateur et de saisir le donataire, de l'objet donné, sous la condition seulement de sa survie; de sorte que le jour où cette condition s'accomplira par la survie du donataire, la donation sera réputée avoir été pure et simple dès le jour du contrat de mariage (comp. le tome III de ce *Traité*, n[os] 537-539).

D'où il suit notamment :

1° Que l'époux donataire peut, même du vivant de l'é-

poux donateur, faire des actes conservatoires (comp. Metz, 22 mai 1817, *J. du P.*, t. XIV, p. 241);

2° Qu'il peut céder son droit conditionnel, le donner ou y renoncer;

3° Qu'il pourra, après la mort du donateur, revendiquer, contre les tiers, les immeubles qui font l'objet de la donation ; ce qui prouve en même temps que la donation de biens présents, quoique faite sous la condition suspensive de survie, n'en est pas moins soumise à la formalité de la transcription (comp. Coin-Delisle, art. 1092, n° 8; Troplong, t. IV, n° 2534);

4° Que l'hypothèque légale de la femme donataire garantira l'effet de cette donation, à compter du jour de la célébration du mariage (art. 2121, 2135);

Et il en serait ainsi, quel que fût d'ailleurs le bien présent qui fît l'objet de la donation : soit un corps certain et déterminé, soit même une certaine somme à prendre sur la succession du donateur, si la donation constituait l'époux donataire *créancier* conditionnel de cette somme (comp. le tome III précité, n° 387; Cass., 4 févr. 1835, Guichard, Dev., 1835, I, 507).

Très-différente est la simple donation de biens à venir! ce qu'elle fait, elle, ce n'est pas un *propriétaire* ni un *créancier* sous une condition suspensive! c'est seulement un *héritier* futur! et le droit qu'elle confère, n'est ni un droit de propriété ni un droit de créance conditionnel; ce n'est qu'un droit éventuel de succession.

D'où il suit, en sens tout contraire, qu'aucune des conséquences que nous venons de déduire du caractère de la donation de biens présents, faite seulement sous la condition suspensive de la survie du donataire, ne saurait dériver de la simple donation de biens à venir.

Déjà nous avons signalé cette différence capitale; et on peut voir, plus haut, les citations des arrêts et des auteurs sur lesquels elle est fondée dans la jurisprudence et dans la doctrine (n° 324).

Si nous avons cru devoir la rappeler ici d'une façon plus précise encore, c'est qu'elle est particulièrement importante dans les donations entre futurs époux, afin de distinguer les gains de survie, qui ont le caractère d'un droit conditionnel de propriété ou de créance, d'avec ceux qui ne constituent que des droits éventuels de succession.

Voilà les donations de biens présents entre futurs époux par contrat de mariage.

416. — *b.* Quant aux donations de biens à venir, l'article 1093 s'exprime ainsi :

« La donation de biens à venir ou de biens présents et « à venir, faite entre époux par contrat de mariage, soit « simple, soit réciproque, sera soumise aux règles éta- « blies par le chapitre précédent, à l'égard des donations « pareilles, qui leur seront faites par des tiers; sauf « qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus « du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant « l'époux donateur. »

Il faut donc appliquer à la donation de biens à venir entre futurs époux les articles 1082 et 1083, comme nous venons d'appliquer l'article 1081 à la donation de biens présents;

Sauf, pourtant, une *modification*, qui est, cette fois, réelle et très-considérable; à savoir : que la donation de biens à venir n'est pas *transmissible* aux enfants issus du mariage, si l'époux donataire meurt avant l'époux donateur; ou plus exactement, que les enfants issus du mariage ne sont pas substitués vulgairement à l'époux donataire.

C'est que, en effet, cette substitution, qui n'était pas réclamée, dans l'intérêt des enfants, par les mêmes motifs qui ont porté le législateur à la présumer, lorsque la donation est faite à l'un des futurs époux par un tiers, pouvait offrir, au contraire, des inconvénients graves.

Elle n'était pas, disons-nous, réclamée par l'intérêt des

enfants; car ces enfants sont issus du commun mariage du donataire et du donateur; et par conséquent, s'ils ne recueillent pas les biens, comme *donataires*, dans la succession du donateur, ils les recueilleront comme *héritiers!*

Ces enfants se récrieront-ils, en disant que cela est très-différent, et qu'il leur importerait beaucoup de pouvoir recueillir les biens comme donataires plutôt que comme héritiers! donataires, ils les recueilleraient, à l'exclusion des enfants issus d'un autre mariage; et surtout, le donateur, leur père ou leur mère survivant, ne pourrait plus désormais les en priver par des dispositions à titre gratuit! (Art. 1083.)

Il est vrai! mais voilà précisément ce qui ferait le très-sérieux inconvénient de cette substitution vulgaire : c'est que *les enfants à naître* se trouveraient d'avance pourvus de la quotité disponible, au grand détriment de l'autorité paternelle ainsi désarmée de ce pouvoir de *récompenser* et de *punir*, qui résulte si précieusement, pour le bon ordre des familles, de la faculté qui appartient aux parents de disposer de leur quotité disponible, soit au profit d'un étranger, soit au profit de l'un de leurs enfants par préciput!

417. — Ces motifs prouvent assez que les enfants à naître ne sauraient être substitués vulgairement à l'époux donataire, même par une disposition expresse du contrat de mariage.

Tel est, du moins, notre avis; et nous ne saurions adhérer à la doctrine des jurisconsultes, qui enseignent que la seule différence qu'il y ait entre l'article 1082 et l'article 1093, c'est que la substitution vulgaire au profit des enfants à naître, qui est présumée dans l'un, n'est pas présumée dans l'autre, mais que rien ne s'oppose à ce que, dans ce dernier cas, le donateur les substitue vulgairement par une clause formelle (comp. Duranton, t. IX, n° 759; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI,

p. 282, 283; *voy.* aussi Toullier, t. III, n° 908; Grenier, t. III, n° 448).

Le texte même de l'article 1093 nous paraît d'abord, quoi que l'on ait dit, formel en sens contraire; car c'est impérativement qu'il déclare que cette donation *ne sera pas* transmissible aux enfants à naître!

Et on doit d'autant plus l'entendre ainsi, que cette faculté de faire une donation à des enfants qui ne sont pas encore conçus, est exorbitante du droit commun (art. 906; comp. Delvincourt, t. II, p. 448; Coin-Delisle, art. 1083, n° 4; Troplong, t. IV, n° 2539; Colmet de Santerre, t. IV, n° 269 *bis*, II; Bordeaux, 23 août 1865, Richard, Dev., 1866, II, 81; et les *Observations* de M. Labbé, *h. l.*)

418. — *c.* Les futurs époux peuvent se faire aussi une donation cumulative des biens présents et à venir.

Et il résulte de l'article 1093 qu'il faut y appliquer les articles 1084 et 1085.

En conséquence, l'état des dettes et charges de l'époux donateur existantes au jour de la donation, n'a-t-il pas été annexé au contrat de mariage?

La disposition ne constitue qu'une simple donation des biens à venir.

Et si l'état des dettes a été annexé, l'époux donataire a l'option, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens (comp. Cass., 15 déc. 1813, Tabarin, Sirey, 1815, I, 102).

Il est entendu que la donation cumulative des biens présents et à venir ne peut, pas plus que celle des biens à venir, dont elle n'est qu'une variété, être faite au profit des enfants à naître du mariage (art. 1093; *supra*, n° 417).

419. — *d.* Enfin, quoique aucun article ne s'en explique, il n'est pas douteux que les futurs époux peuvent se faire des donations dans les termes de l'article 1086, c'est-à-dire soit sous la condition d'acquitter toutes les dettes du donateur, ou sous toute autre condition,

dont l'exécution dépendrait de sa volonté, soit avec la réserve, par le donateur, de disposer d'une certaine somme ou de certains objets compris dans la donation (arg. de l'article 1091; comp. Demante, t. IV, n° 269).

De même donc que nous avons appliqué à la donation des biens présents entre futurs époux l'article 1081, à la donation des biens à venir les articles 1082, 1083, et à la donation cumulative les articles 1084, 1085, nous appliquerons à cette quatrième espèce de donation l'article 1086.

D'où il faut conclure, suivant nous, qu'elle est caduque par le prédécès de l'époux donataire; et cela, sans aucune distinction, c'est-à-dire non-seulement lorsqu'elle a pour objet les biens à venir, mais aussi lorsqu'elle a pour objet les biens présents (comp. Delvincourt, t. II, p. 447; Grenier, t. III, n° 446; Duranton, t. IX, n° 758; Troplong, t. IV, n° 2541).

420. — Voilà pourquoi nous ne saurions croire, avec MM. Troplong et Bonnet, que les donations ainsi faites, même des biens présents, dans les termes de l'article 1086, *soient susceptibles de renonciation et de cession, avant la mort du donateur*.

Est-ce que, en effet, le double élément, que nous venons de signaler, ne leur imprime pas toujours, à un certain degré, le caractère de ces donations éventuelles, dont l'effet principal est de conférer un droit de succession?

Il serait difficile de le méconnaître, si la donation était subordonnée à une condition suspensive.

Et cette concession une fois faite, comment excepter la donation qui serait soumise à une condition résolutoire, puisque l'une aussi bien que l'autre peut être faite aux enfants à naître et se trouve caduque par le prédécès du donataire!

421. — Tous les auteurs remarquent, incidemment, que la condition de survie, à laquelle une donation est

subordonnée, doit être réputée accomplie, lorsque c'est le donateur qui en a empêché l'accomplissement par un attentat qui a mis fin à la vie du donataire.

C'est là, en effet, une application très-légitime du principe posé par l'article 1178; principe de logique et d'équité! (Comp. Caen, 19 déc. 1816, Choisnier, Sirey, 1818, II, 187; Cass., 5 mai 1818, Dubuisson, Sirey, 1819, I, 162; Rouen, 8 mars 1838, Lesénechal, Dev., 1838, II, 437; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 282; Troplong, t. IV, nº 2536.)

422. — Il faut d'ailleurs appliquer aux donations, que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage, d'après le chapitre IX, les règles qui sont communes aux donations qui peuvent leur être faites par des tiers, d'après le chapitre VIII.

C'est ainsi que, aux termes de l'article 1087, elles ne peuvent pas être déclarées nulles, sous prétexte de défaut d'acceptation.

Il est vrai que cet article du chapitre VIII n'est pas rappelé dans le chapitre IX; mais il est la conséquence d'un principe qui régit toutes les donations faites par contrat de mariage, et auxquelles le législateur veut évidemment accorder, dans tous les cas, les mêmes immunités (comp. Grenier, t. III, nº 445; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 244; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, nº 270).

423. — Et l'article 1088! qui voudrait nier qu'il s'applique aux donations entre futurs époux!

424. — L'article 1090 lui-même y est également applicable, en ce sens que ces donations sont, en effet, réductibles, lors de l'ouverture de la succession du donateur, à la portion dont la loi lui permettait de disposer, et que l'ordre à suivre, dans la réduction, est le même qui doit être suivi à l'égard des donations qui peuvent être faites aux futurs époux par des tiers dans leur contrat de mariage (*supra*, nº 487).

Mais, en ce qui concerne le *quantum* de la quotité disponible entre époux, nous avons annoncé déjà qu'il est réglé par des dispositions spéciales (*infra*, n[os] 487 et suiv.)

425. — On sait aussi que les donations entre futurs époux ne sont pas révoquées pour cause de survenance d'enfant (art. 960).

426. — Sont-elles révocables pour cause d'ingratitude?

Question délicate, que nous avons résolue négativement, après des développements auxquels il suffit de nous référer (art. 959; comp. le tome III précité, n° 651; et notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 544).

427. — Voici, enfin, une dernière règle, commune à toutes les donations, que les futurs époux peuvent se faire par contrat de mariage, et qui est posée par l'article 1095, en ces termes :

« Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. »

Cette règle se trouve encore dans les articles 1309 et 1395, qui la complètent, en la généralisant pour toutes les conventions matrimoniales.

C'est dans le titre du *Contrat de mariage*, auquel elle appartient surtout, que nous nous réservons de l'examiner (comp. l'intéressante étude : *du Contrat de Mariage des mineurs*, par M. Thiry, professeur à l'Université de Liége, Bruxelles, 1863).

Il nous suffira de présenter ici quelques observations, en ce qui concerne spécialement les donations que les futurs époux peuvent se faire.

428. — Le législateur a considéré, avec raison, qu'il existe la plus étroite connexité entre le consentement au mariage lui-même et le consentement aux donations, dont le mariage est presque toujours la condition déterminante.

Et il en a conclu que ce sont, en effet, les mêmes personnes qui consentent au mariage, qui doivent aussi consentir aux donations qui sont faites en considération de ce mariage.

Telle est la disposition de l'article 1095, qui apporte aux règles ordinaires de la tutelle une double dérogation:

D'une part, c'est le futur époux mineur lui-même, personnellement, qui doit consentir les donations qu'il fait à son futur époux; et il n'est pas, en cette circonstance, *représenté*, il est seulement *assisté* (comp. art. 450 et 1395);

D'autre part, l'assistance, qui lui est nécessaire, n'est pas celle de son tuteur, mais bien celle des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour son mariage; c'est-à-dire, suivant les cas, soit de ses père ou mère, aïeul ou aïeule, soit du conseil de famille (art. 148, 150, 160).

C'est ainsi que la mère survivante a seule qualité pour assister son enfant mineur, dans les donations qu'il fait à son futur époux; et cela, lors même que, par un motif quelconque, elle ne serait pas sa tutrice; comme si, par exemple, elle avait perdu la tutelle par suite de son convol en secondes noces (art. 394, 395; comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. II, n° 532; Bastia, 3 fév. 1836, Franceschini, Dev., 1836, II, 247; Duranton, t. XIV, n° 13; Troplong, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 281; Odier, t. II, n° 606; Rodière et Pont, t. I, n° 40; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 209).

429. — La règle posée par l'article 1095 est applicable à tout mineur, qui est habile à contracter mariage (art. 1398);

Or, le mineur, auquel des dispenses d'âge ont été accordées pour se marier, avant quinze ans, pour la femme, ou avant dix-huit ans, pour l'homme, est habile à contracter mariage;

Donc, il peut dès lors aussi consentir toutes les donations dont le contrat de mariage est susceptible, avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire à son mariage : *habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias* (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 416; Bastia, 3 fév. 1836, *cit. supra*, n° 428).

430. — Cela est d'évidence!

Mais c'est une question délicate de savoir si le fils de famille, âgé de plus de vingt et un ans, mais de moins de vingt-cinq ans, et qui ne peut contracter mariage sans le consentement de ses ascendants, peut, néanmoins, consentir seul, sans leur assistance, des donations par contrat de mariage à sa future épouse?

La négative semblerait résulter de notre principe d'après lequel le consentement au mariage et le consentement aux donations par contrat de mariage, sont, pour ainsi dire, inséparables; et on pourrait même ajouter que les termes de l'article 1398 favorisent cette déduction qui est, en effet, adoptée par M. Odier (*du Contrat de mariage*, n° 607).

Nous ne croyons pas, toutefois, devoir la proposer, et à notre avis, le mot : *mineur*, dans les articles 1095, 1309 et 1398, ne doit s'entendre que de la minorité ordinaire, c'est-à-dire de l'individu de l'un ou de l'autre sexe, qui n'a point encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis (art. 388).

A cet âge, en effet, d'après l'article 488, on est capable de tous les actes de la vie civile, *sauf la restriction portée au titre du mariage.*

Or, cette restriction se trouve seulement dans les articles 148, 150, qui exigent le consentement des ascendants pour le mariage du fils de famille qui n'a pas en-

core atteint l'âge de vingt-cinq ans; et aucun autre texte ne déroge à l'article 488, en ce qui concerne les donations, qu'il peut faire à son futur époux par contrat de mariage.

L'induction que l'on pourrait tirer en sens contraire, du motif sur lequel est fondé l'article 1095, est, suivant nous, insuffisante pour prévaloir sur cet argument qui résulte du texte même de la loi; et nous concluons que le fils, majeur de vingt et un ans, peut seul, en effet, consentir ces donations, sauf à son ascendant le droit de ne consentir à son mariage que sous la condition que le contrat de mariage lui sera soumis, et qu'il approuvera les donations qui y sont faites (comp. Thiry, *loc. supra cit.*, p. 8, 9).

431. — D'après l'article 1095, c'est *avec le consentement et l'assistance* de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage, que le futur époux mineur peut faire des donations à son futur époux par contrat de mariage; et l'article 1398 dispose également que les donations, qu'il y a faites, sont valables, *pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité de son mariage* (ajout. art. 1309).

En faut-il conclure que ces personnes, c'est-à-dire les ascendants, le conseil de famille et le tuteur *ad hoc*, suivant les cas, ne peuvent pas se faire représenter, au contrat de mariage, par un mandataire, et que leur présence réelle y est indispensable?

Telle est la conclusion de M. Thiry (*loc. supra cit.*, p. 13, 19), qui remarque que la loi exige tout à la fois le *consentement* et l'*assistance;* or, l'assistance est un acte d'autorité domestique, qui ne saurait être susceptible de délégation; et le savant auteur la compare à l'*auctoritas* du droit romain, qui exigeait, en effet, que le tuteur assistât lui-même le pupille : *statim in ipso negotio præsens* (*Inst.*, liv. I, tit. XXI, § 2).

Mais la doctrine contraire est généralement admise; et très-justement, suivant nous :

La règle générale est que l'on peut, dans les actes de la vie civile, se faire représenter par un mandataire (art. 1985); règle essentielle et sans laquelle beaucoup d'actes, et des plus importants, seraient souvent impossibles!

Or, cette considération se présente précisément ici dans toute sa gravité; car, dans un grand nombre de cas, il pourrait être impossible aux ascendants, pour cause de maladie, d'éloignement ou autre, de se rendre à l'endroit où le contrat de mariage doit être passé; impossibilité, qui serait encore plus fréquente pour un conseil de famille, dont les membres seraient dispersés à d'assez grandes distances; Coin-Delisle (art. 1095, n° 1) remarque, en outre, fort justement, qu'il faudrait aussi, dans le système contraire, la présence réelle du juge de paix, puisque, sans lui, le conseil de famille n'existe pas légalement; à quoi Duranton (t. IX, n° 765) ajoute que si deux mineurs, *de la même commune*, voulaient contracter mariage ensemble, il serait bien impossible que le juge de paix pût présider à la fois ces deux conseils de famille, qui pourtant devraient être réunis, en même temps, pour le même contrat de mariage!

M. Odier reconnaît ces impossibilités, relativement au conseil de famille, qu'il admet dès lors à se faire représenter par un mandataire; mais il ne les reconnaît pas relativement aux ascendants, dont il exige la présence réelle (n° 609).

Mais la généralité absolue de nos articles repousse cette distinction; et il faut appliquer certainement la même doctrine dans les deux cas.

Or, on ne saurait admettre que le législateur ait entendu entraver, par de tels embarras et même par de telles impossibilités, des donations que son but, au contraire, est de favoriser.

Nous concluons donc que le mot : *assistance*, n'implique pas, dans les articles 1095, 1309 et 1398, la nécessité de la présence réelle des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage; pas plus que le mot : *assistance*, dans l'article 513, n'implique la nécessité de la présence réelle du conseil judiciaire dans les actes passés par le prodigue (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, etc.*, t. II, n° 757 ; Cass., 15 nov. 1858, Poitrenaud, Dev., 1859, I, 385; Duranton, Coin-Delisle, *loc. supra cit.*; Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, v° *Contr. de mar.*, n° 26; Rodière et Pont, du *Contr. de mar.*, n° 42; Troplong, *id.*, n° 282; Marcadé, art. 1398, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 211).

432.— Les personnes, dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage, peuvent, en conséquence, se faire représenter au contrat de mariage par un mandataire.

Mais il faut, suivant nous, que le mandat soit tout à la fois authentique et spécial.

Il faut qu'il soit authentique; et nous en trouvons la preuve dans les articles 36 et 73 (comp. le tome III de ce *Traité*, n°s 29, 30; et notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 407 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 210).

Il faut qu'il soit spécial, c'est-à-dire qu'il spécifie, d'une manière précise et détaillée, les donations, que les personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage, autorisent le futur époux à consentir; car ce sont elles-mêmes, en effet, personnellement, qui doivent *l'assister ;* et sous ce rapport, nous admettons aussi que cet acte de tutelle et d'autorité domestique ne comporte point de délégation (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. I, n° 53).

La condition requise par l'article 1095 ne serait donc point remplie par une délibération, dans laquelle le conseil de famille se serait fait représenter, au contrat de mariage, par un ou plusieurs de ses membres délégués

par lui, à cet effet, avec pouvoir d'assister le mineur dans la donation qu'il leur paraîtrait convenable de l'autoriser à faire !

Nous le pensons ainsi, malgré le dissentiment de quelques jurisconsultes (comp. Rodière et Pont, *loc. supra cit.*, t. I, n° 42 ; Rolland de Villargues, *loc. supra cit.*, n° 27 ; Coin-Delisle, art. 1095, n° 1).

Il est, à notre avis, indispensable que la délibération même du conseil de famille, comme le mandat donné par l'ascendant à un tiers, détermine spécialement *les donations*, que le mandataire pourra autoriser le mineur à consentir, et que, à cet effet, un projet de contrat de mariage soit arrêté par lui, dans la délibération qui confère à un tiers le mandat de le représenter (comp. Cass., 19 mai 1838, Stander, Dev. 1838, I, 200 ; Cass., 15 nov. 1858, Poitrenaud, Dev., 1859, I, 385 ; *Consultation* de M. Duranton, Dev., 1838, I, 200 ; *Observations* de M. Blanzan, Dev., 1859, I, 385 ; Delvincourt, t. II, p. 197 ; Poujol, art. 1095, n° 2 ; Troplong, t. IV, n° 2629 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 211).

453. — Le futur époux mineur, ainsi assisté, est capable de faire, par contrat de mariage, au profit de son futur époux, les mêmes donations que s'il était majeur (art. 1095).

Et les donations, qu'il a faites, sont aussi valables, en effet, que si elles avaient été faites par un majeur (art. 1309).

Mais quel sera le sort de ces donations, si, au contraire, le futur époux mineur, qui les a faites, n'a pas été assisté comme il devait l'être ?

La nullité n'en sera-t-elle que relative ?

Ou sera-t-elle absolue?

Question délicate et controversée, qui se rattache à une autre question plus générale, à savoir : si la nullité des conventions matrimoniales passées par le mineur, sans l'accomplissement des conditions prescrites par l'article

1398, est, en effet, seulement relative, ou, au contraire, absolue ?

Ce n'est pas ici le lieu de l'examiner, avec les développements qu'elle comporte.

Qu'il nous suffise d'annoncer que, suivant nous, par dérogation aux règles du droit commun, la nullité devrait être considérée comme absolue, et non pas seulement comme relative (comp. Cass., 5 mars 1855, Pelet, Dev., 1855, I, 348 ; Bourges, 18 nov. 1856, Albony, Dev., 1857, II, 299 ; Bertauld, *Revue crit. de jurisprud.*, t. XXI, p. 193-206 ; Thiry, *loc. supra cit.* § IV, nos 36-46 ; *voy.* toutefois Troplong, t. IV, n° 2630 ; et *du Contr. de mar.*, t. I, n° 288 ; Odier, t. II, n° 640 ; Rodière et Pont, t. I, n° 43 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 211, 212).

II.

Des donations, entre époux, pendant le mariage.

SOMMAIRE.

434. — Exposition philosophique. — Historique. — Des donations entre époux en droit romain.
435. — De la donation entre époux, dans nos anciennes provinces de droit écrit.
436. — Dans nos anciennes provinces coutumières.
437. — Sous la législation intermédiaire.
438. — Sous le Code Napoléon. — Division.
439. — Quel est le caractère prédominant des donations entre époux pendant le mariage, telles que le Code Napoléon les autorise? — Trois systèmes se sont produits.
440. — Suite.
441. — Suite.
442. — Suite.
443. — Suite.
444. — Suite. — Transition.

434. — C'est une thèse délicate, en législation, au point de vue du meilleur gouvernement des familles, que celle de savoir s'il convient de permettre les donations entre époux pendant le mariage.

Les Romains ne l'avaient pas pensé ; et leur Droit nous offre, pendant toute la durée des deux premiers siècles de l'Empire, l'exemple d'une prohibition absolue :

« *Ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes ;*

« *Ne concordia pretio conciliari videretur ; neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret....* » (L. 1 et 3, ff. *de Donat. inter vir. et uxor.*) ;

Afin de prévenir les entraînements de la passion aveugle, et que l'amour conjugal ne fût pas, en quelque sorte, mis à prix ; et que l'époux aimant et généreux, *melior*, ne fût pas dépouillé par l'époux égoïste et avare, *deterior !*

Ces raisons sont *très belles*, disait Pothier (*des Donat. entre mari et femme*) ; et Furgole trouvait aussi que ce sont *des raisons de politique* (sur l'article 46 de l'Ordonn. de 1731).

Assurément ; et très-belles et très-politiques !

Mais, pourtant, il faut reconnaître qu'elles ne suffisaient pas à justifier cette nullité absolue, dont le droit romain frappait d'abord toujours la donation entre époux : *ipso jure nihil valet quod actum est.* (L. 3, § 10, *h. t.*)

Est-ce que, en effet, la faculté de faire des donations ne nous est pas surtout précieuse parce qu'elle nous permet d'avantager ceux que nous aimons, et de reconnaître leur affection pour nous, leur dévouement ! et, à tous ces titres, la donation faite par l'époux à son épouse ne peut-elle pas être très-légitime et très-respectable ?

Elle a ses dangers, sans doute; et on doit craindre les abus d'autorité, les séductions, qui pourraient être suivis des repentirs et des reproches, et, par suite aussi, des troubles domestiques.

Il est vrai ; mais le remède n'était-il pas indiqué par le mal lui-même ? et ne suffisait-il pas de laisser à l'époux donateur, qui se repentirait d'avoir donné, la faculté de révoquer sa donation ?

C'est, en effet, ce que le Droit romain lui-même reconnut; et un sénatus-consulte, rendu sous Septime-Sévère et Antonin Caracalla, décida que la donation *inter virum et uxorem* deviendrait valable rétroactivement, à l'encontre des héritiers du donateur, si celui-ci avait persévéré, jusqu'à sa mort, dans la même volonté: *ait oratio fas esse eum quidem qui donavit pœnitere ; hæredem vero eripere forsitan adversus supremam voluntatem ejus qui donavit, durum et avarum esse.* (L. XXXII, § I, *h. t.;* ajout. L. XXV, Cod. *de Donat. inter vir. et uxor.*)

Tempérament d'autant plus judicieux, que le Droit romain avait toujours permis, entre époux, les donations à cause de mort: *inter virum et uxorem mortis causa donationes receptæ sunt.* (L. IX, ff. *h. t.*).

Et il semblait dès lors rationnel, au lieu d'annuler tout à fait la donation entre-vifs *inter virum et uxorem,* de la ramener seulement à la condition d'une donation à cause de mort.

Voilà ce que firent les empereurs Sévère et Caracalla ; et de cette assimilation il résulta que la donation entre-vifs, *inter virum et uxorem,* fut aussi comme la donation à cause de mort, caduque par le prédécès de l'époux donataire (l. XXXII, *h. t.*).

435. — Dans notre ancienne jurisprudence française, les provinces de droit écrit observaient, sur ce point, la législation romaine dans son dernier état; et Pothier atteste que telle était, dans ces provinces, la jurisprudence des Parlements, même depuis l'Ordonnance de 1731, dont l'article 3 qui semblait proscrire les donations à cause de mort, avait, toutefois, soulevé quelques doutes (*des Donat. entre mari et femme*, n° 6; comp. le tome I de ce *Traité*, n° 38 ; Furgole, sur l'article 46 de l'Ordonn.; Despeisses, *des Contrats*, p. 1, et *des Donations*, sect. 1, n° 24).

436. — Quant aux provinces coutumières, elles offraient, sur cette matière comme sur la plupart des autres, beaucoup de diversités.

Le plus grand nombre des coutumes, et notamment celles de Paris (art. 282), et d'Orléans (art. 280), défendaient toute espèce de libéralités entre époux, non-seulement par donation entre-vifs, mais même par testament (ajout. cout. d'Auxerre, art. 228; de Blois, art. 174; de Bourgogne, art. 26).

Il y en avait, toutefois, qui, en défendant la donation entre-vifs, permettaient aux époux de s'avantager par testament.

Quelques-unes même autorisaient la donation entre-vifs : celles-ci, lorsqu'il y avait des enfants du mariage; celles-là, lors même qu'il n'y avait pas d'enfants (comp. cout. de Bourbonnais, art. 226; de Nivernais, art. 27 du chap. XXII; de Poitiers, art. 209; de Reims, art. 291).

La coutume d'Auvergne se signalait, entre toutes les autres, par une remarquable distinction entre le mari et la femme; et tandis qu'elle permettait au mari de faire à sa femme une donation entre-vifs, même de la totalité de ses biens, elle défendait à la femme de donner absolument rien à son mari (chap. XIV, art. 28).

Mais pourtant, au milieu de ces variétés, la règle qui domine dans le droit coutumier, c'est la prohibition des donations entre époux pendant le mariage (comp. Pothier, *loc. supra cit.*, n°s 7 et suiv.).

Les belles raisons du droit romain avaient aussi certainement inspiré cette règle à nos anciens coutumiers; et Guy-Coquille, en effet, les trouvait « *pleines d'honneur, à ce qu'il ne semble que l'amitié, concorde et gracieux traitement soit à vendre, et pour faire connoître qu'au cœur est la vraye amour et non à l'extérieur.* » (*Inst. du droit franç.; des gens mariés*, p. 66; ajout. Quest. 149.)

Mais ces raisons n'étaient pas les seules ni même peut-être les principales : il y en avait une autre, dont nous avons déjà signalé la prépondérance dans notre ancien droit coutumier, et que Ferrières a très-bien exprimée :

« La raison, dit-il, pour laquelle nos coutumes se sont

écartées des lois romaines, en défendant aux conjoints par mariage toutes espèces d'avantages et de donations, est fondée *sur le soin et le désir de conserver les biens dans les familles, qui a servi de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières...*; on a considéré que l'État ne peut se maintenir que par ce moyen; autrement, les conjoints par mariage, qui n'auraient pas d'enfants, se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre, et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères.... » (Gloss. 2, n° 6, sur l'art. 282 de la cout. de Paris.)

Aussi, la prohibition était-elle rigoureuse; et afin d'en assurer l'effet, la plupart des coutumes l'avaient étendue même aux contrats à titre onéreux, qui n'étaient pas justifiés, entre les époux, par une cause nécessaire.

La coutume de Normandie s'en expliquait formellement :

« Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ni confessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou en partie. » (Art. 410 du chap. xv; ajout. cout. de Bourbonnais, art. 236 du chap. x; de Nivernais, art. 27 du chap. xxiii.)

Pothier témoigne que « cela a pareillement lieu dans les coutumes, qui ne s'en sont pas expliquées; c'est pourquoi Dumoulin, sur l'article 236 de l'ancienne coutume de Paris, n° 5, pose pour maxime que des conjoints par mariage ne peuvent, pendant leur mariage, faire aucun contrat entre eux sans nécessité : *nullum contractum etiam reciprocum facere possunt, nisi ex necessitate.* » (*Des Donat. entre mari et femme*, n° 78; comp. notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n°s 231 et suiv.)

Il importe, toutefois, de remarquer que, malgré cette prohibition, la plupart de nos anciennes coutumes admettaient, dans certains cas et pour certains biens, le *don*

mutuel entre mari et femme; espèce d'avantage, où tout devait être, de part et d'autre, égal et mutuel, en effet, et qui, par ce motif, avait été déclaré irrévocable; cette mutualité même ayant paru écarter suffisamment les dangers de la captation (comp. Pothier, Introduct. au tit. XV de la cout. d'Orléans, nos 119 et suiv.; Boutry-Boissonnade, *Essai sur l'histoire des donations entre époux*, chap. I, nos 182 et suiv.).

437. — La législation intermédiaire, par une de ces réactions dont elle nous offre tant d'exemples, se montra, au contraire, très-favorable aux donations entre époux pendant le mariage.

La loi du 17 nivôse, an XII, décida, en effet, que :

« .... Les avantages stipulés entre époux..., soit qu'ils résultent des dispositions matrimoniales, soit qu'ils proviennent d'institutions, *dons entre-vifs ou legs, faits par un mari à sa femme ou par une femme à son mari, obtiendront également leur effet,* sauf néanmoins leur conversion ou réduction en usufruit de moitié, dans le cas où il y aurait des enfants, conformément à l'article 13 ci-dessus.» (Ajout. la loi interprétative du 22 ventôse, an XII, art. 44.)

C'est-à-dire que les *dons entre-vifs*, permis désormais entre époux comme entre étrangers, n'étaient ni révocables par la volonté du donateur, ni caducs par le prédécès du donataire.

On a prétendu, il est vrai, que cette loi n'avait dérogé qu'au droit coutumier, et qu'elle n'en avait aboli les dispositions restrictives, que pour étendre à toute la France les règles romaines, qui régissaient, dans les provinces de droit écrit, les donations entre époux.

Mais ces résistances prouvaient seulement à quel point cette innovation révolutionnaire froissait le sentiment public, et toutes les idées depuis si longtemps accréditées dans les esprits.

Car il résulte nettement du texte même de ses articles 13 et 14, que la loi du 17 nivôse dérogeait non-seu-

lement au droit coutumier, mais encore au droit écrit, et *qu'elle ouvrait une carrière de bienfaisance sans bornes, même pendant le mariage, aux époux, qui n'avaient pas d'enfants;* ce sont les termes mêmes d'un auteur, qui avait concouru à la confection de cette loi (Vermeil, *Code des Successions,* cité par Devilleneuve, 1841, I, 305; comp. Cass., 1er juin 1814, Dev. et Carr., IV, I, 574; Rouen, 23 juill. 1821, Dev., VI, II, 452; Cass., 29 janv. 1835, Moisson, Dev., 1835, I, 267; Cass., 22 mars 1841, de Réméon, cité *supra;* Cass., 21 déc. 1844, mêmes parties, Dev., 1845, I, 137).

458. — Tel était l'état de la législation sur cette matière, lorsque les rédacteurs du Code Napoléon eurent à s'en occuper.

Ils y ont consacré deux articles, dont nous citons d'abord les termes :

Article 1096 : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours revocables. »

« La révocation pourra être faite par la femme, sans « y être autorisée par le mari ni par la justice.

« Ces donations ne seront point révoquées par la sur« venance d'enfants.

Article 1097 : « Les époux ne pourront pendant le « mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testa« ment, aucune donation mutuelle et réciproque par un « seul et même acte. »

C'est d'après ces textes, que nous avons à examiner les trois points que voici :

A. En quelle forme les donations entre époux doivent être faites; et quels biens elles peuvent comprendre;

B. Quels en sont les effets;

C. De quelle manière elles peuvent être révoquées; et quels sont les effets de la révocation.

459. — Mais, avant tout, il importe de déterminer le caractère de ces sortes de donations sous notre Code.

Cette prémisse est fondamentale; la plupart des questions qui s'agitent sur cette matière, y sont étroitement subordonnées; et nulle théorie ne pourrait être édifiée solidement, si cette base n'était pas d'abord bien assise.

Or, précisément, ce point de départ, si essentiel, est devenu, aussitôt après la promulgation de notre Code, le sujet des plus graves dissidences.

Trois systèmes différents se sont produits :

Le premier prétend que les donations entre époux, que le Code Napoléon autorise, ne sont pas des donations entre-vifs, et qu'elles ne sont que des dispositions testamentaires, ou, tout au plus, des donations à cause de mort.

D'après le second système, ces donations ont un caractère mixte, où viennent se mélanger les éléments de la donation entre-vifs et les éléments de la disposition testamentaire ou de la donation à cause de mort.

Enfin, le troisième système enseigne que ce sont de vraies donations entre-vifs, soumises seulement à la condition résolutoire, qui résulte de la faculté de révocation que le donateur conserve.

440. — Nous croyons que l'on peut aujourd'hui considérer le premier système comme à peu près hors de combat.

Quoiqu'il ait eu des partisans fort autorisés (comp. Delvincourt, t. II, p. 197; Vazeille, art. 904, n° 2; Mandaroux-Vertamy, *Plaidoyer* à l'audience de la Cour de Cassation du 10 avril 1838, Dev., 1838, I, 291-294; Cass., 22 janvier 1838, l'admin. de l'Enregistr., Dev., 1838, I, 152);

La vérité est qu'il était entièrement inadmissible! et parmi les preuves qui abondent pour le démontrer, il suffira de remarquer que l'article 1096 autorise les époux à se faire des donations qualifiées entre-vifs, et que l'article 1097 leur reconnaît aussi la double faculté de se faire des donations soit *par acte entre-vifs*, soit *par testament*.

Or, la faculté de faire une donation *par acte entre-vifs*, accordée distinctement de la faculté de faire une donation *par testament*, qu'est-ce autre chose que la faculté de faire *une donation entre-vifs!*

Il est donc évident que, outre la faculté de s'avantager *par testament*, les époux ont aussi la faculté de s'avantager *par donation entre-vifs.*

441. — Mais quel est le caractère de cette donation?

Le second système répond : « qu'elle n'est ni une donation entre-vifs proprement dite, ni une libéralité à cause de mort, dans la pureté des principes, mais qu'elle est un mélange des deux. »

C'est ainsi qu'il est résumé par M. Troplong, qui l'enseigne.

Et l'illustre auteur ajoute que :

« La donation entre gens mariés ne peut pas être rap-
« portée à un type unique; qu'elle emprunte des carac-
« tères divers à des principes différents; et qu'il faut un
« éclectisme prudent pour ne pas s'égarer sur ses effets
« pratiques.... »

Doctrine un peu incertaine, qui n'a pas, à vrai dire, de boussole, et dont les partisans sont, en effet, livrés, en plus d'une rencontre, à des incertitudes, qui ne sont pas toujours exemptes de contradictions (comp. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. X; Rolland de Villargues, v° *Donation à cause de mort*, n° 9; Toullier, t. III, n° 918; Duranton, t. IX, n° 777, et t. XV, n° 536; Marcadé, article 1096, n° 4).

442. — Voici enfin le troisième système, qui prétend, au contraire, nettement, que la donation entre époux est, sous l'empire de notre Code, une vraie donation entre-vifs, sauf seulement la condition résolutoire, dont elle et affectée par suite de la faculté de révocation, qui appartient au donateur.

C'est celui auquel la jurisprudence et la doctrine, après

certaines oscillations, paraissent devoir s'arrêter; et il nous paraît être, en effet, le plus juridique :

Aux termes de l'article 893, il n'existe aujourd'hui que deux manières de disposer à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament; notre Code n'a pas admis la donation à cause de mort;

Or, les articles 1096 et 1097 autorisent les époux à se faire des donations pendant le mariage;

Donc, ces donations ne peuvent être que des donations entre-vifs.

C'est ce que nos textes déclarent, et ce qui a été confirmé par l'article 1 de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, d'où il résulte que les donations entre époux sont soumises, sous peine de nullité, aux mêmes formes solennelles que toutes donations entre-vifs (ajout. article 902).

Quant à ces mots de l'article 1096 : *quoique qualifiées entre-vifs*, ils n'ont pour but que de maintenir le principe de la révocabilité; et ce qu'ils veulent dire seulement, c'est que les époux ne peuvent s'y soustraire, ni par des déclarations ou renonciations quelconques, ni par la *qualification*, qu'ils auraient donnée à leur acte.

Ainsi donc, notre Code permet aux époux de se faire pendant le mariage, de véritables donations entre-vifs; et il s'éloigne, avec grande raison, sans doute, du droit coutumier, dont les meilleurs interprètes dénonçaient autrefois, déjà, la prohibition comme *trop rigoureuse* (Basnage, t. II, p. 146; Ferrières, sur l'article 282 de la Cout. de Paris, Gloss. II, n° 6).

Mais en même temps, tenant compte des dangers particuliers qui accompagnent ces donations, notre Code les déclare révocables; et il se rapproche de la règle romaine, qui était suivie dans les anciennes provinces de droit écrit.

Il s'en rapproche, disons-nous, en ce sens qu'il a voulu apporter aussi un remède aux dangers de cette situation.

Mais, d'ailleurs, la différence est capitale dans la manière, s'il était permis de dire ainsi, dont le remède est appliqué.

Tandis que, en effet, le droit romain attendait, pour décider si la donation *inter virum et uxorem* serait valable, que le donateur fût mort, après avoir persévéré, pendant toute sa vie, dans la volonté de donner;

Notre Code, au contraire, déclare de suite valable la donation entre époux, en réservant seulement au donateur la faculté de la révoquer!

C'est-à-dire que, d'après l'idée ancienne, la donation, imparfaite à son origine, avait besoin d'être confirmée par la persévérance du donateur dans la volonté de donner;

Tandis que, d'après l'idée moderne, la donation n'a besoin d'aucune confirmation; elle est dès actuellement parfaite, et elle demeurera telle, si le donateur ne la révoque pas.

443. — Mais précisément c'est ici que l'on nous arrête; on prétend que cette faculté de révocation, qui appartient à l'époux donateur, est destructive du caractère de la donation entre-vifs, et qu'elle fait ainsi, en dépit du texte même de l'article 893, dégénérer la donation entre époux en une donation à cause de mort!

On pourrait, en ce sens, invoquer un passage de Pothier, dans lequel, en parlant de la donation entre époux pendant le mariage, il enseigne : « *qu'elle n'est pas une donation entre-vifs, le donateur ayant eu, jusqu'à sa mort, le droit de la révoquer.* (*Des Donat. entre mari et femme*, n° 6.)

Tel est aussi le motif pour lequel notre honorable collègue, M. Huc, approuve le nouveau Code civil italien d'avoir défendu aux époux de se faire aucune libéralité, durant le mariage, si ce n'est par testament (art. 1054).

« Une donation révocable n'est pas, dit-il, une vérita-« ble donation. » (*Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 211; Paris, 1866.)

Cette objection, toutefois, n'est, suivant nous, nullement

décisive; et nous ferons deux réponses, qui nous paraissent démontrer, au contraire, que la faculté de révocation, que notre Code réserve au donateur, n'est pas incompatible avec le caractère de la donation entre-vifs, qu'il autorise entre les époux :

Notre première réponse, c'est que, en admettant même que cette faculté de révocation dût être considérée comme absolument potestative de la part de l'époux donateur, et qu'elle pût être exercée par lui, même au point de vue du for intérieur, d'une manière arbitraire, il n'en résulterait pas encore qu'elle fût destructive du caractère contractuel de la donation entre-vifs. Nos savants collègues MM. Aubry et Rau (t. V, p. 64-65), ont, en effet, remarqué, avec beaucoup de justesse, que l'irrévocabilité absolue n'est pas de l'essence des conventions; et que, si toute obligation contractée sous une condition qui en fait dépendre le lien de la seule volonté de celui qui s'oblige, est nulle (article 1174), rien ne s'oppose néanmoins à ce que la convention puisse être résolue unilatéralement par la volonté, même purement potestative, de l'une des parties. Les articles de notre Code (944-946) qui font exception à ce principe, pour les donations entre-vifs ordinaires, sont donc des exceptions, que le législateur de 1804 a reçues de l'ancien droit français, qui n'avait lui-même imprimé à la donation entre-vifs ce caractère exceptionnel d'irrévocabilité qu'afin d'en rendre l'exercice plus sobre et d'assurer ainsi de plus en plus la conservation des propres dans les familles. Mais la révocabilité, en soi, n'est pas contraire à l'essence de la donation entre-vifs; elle aurait pu y être admise, suivant le droit commun, comme dans les autres conventions; et, par conséquent, en admettant cette révocabilité, même potestative, dans les donations entre époux pendant le mariage, notre Code n'aurait point détruit le contrat, et ne lui aurait pas enlevé son caractère de donation entre-vifs (comp. le tome I de ce *Traité*, nos 25-26).

Notre seconde réponse, c'est qu'il ne faut pas concéder que la faculté de révocation appartienne à l'époux donateur avec cette omnipotence, qui lui permettrait, dans le for intérieur aussi bien que dans le for extérieur, de révoquer, quand même, sans encourir aucune responsabilité morale!

Lorsque la loi accorde à l'époux donateur entre-vifs la faculté de révoquer, elle ne lui dit pas :

« Vous avez donné entre-vifs, donné par contrat; vous vous êtes lié, engagé; et vous avez voulu, en effet, vous lier, vous engager; eh bien! moi, je vous délie, je vous relève de vos engagements; suivez vos fantaisies, vos caprices; révoquez cette donation entre-vifs, révoquez-la sans cause et sans raison; je vous permets de violer votre contrat et de manquer à la foi promise! »

Oh! non, tel n'est pas le langage du législateur; et tel n'est pas non plus le fondement de la révocabilité de la donation!

On révoque aussi un testament.

Il est vrai; mais que de différences! le testament n'est l'œuvre que du testateur; c'est sa pensée, à lui-même et à lui seul; il peut donc la changer toujours, à son gré, comme il lui plaît! mais le donateur entre-vifs a fait un véritable contrat avec le donataire, qui l'a accepté; il est lié désormais; il est engagé!

Aussi, le législateur, en lui accordant la faculté de révocation, lui a-t-il dit seulement :

« Je m'en remets à vous-même; vous n'aurez pas besoin, comme les autres donateurs, d'agir en justice, d'exposer à l'audience les blessures de votre cœur, d'y donner le spectacle de vos douleurs conjugales; soyez juge vous-même, dans votre conscience; et prononcez! si la donation que vous avez faite à votre époux, n'a pas été pure et libre dans son principe, ou si le donataire s'est, depuis, rendu, envers vous, coupable d'ingratitude, révoquez! je vous y autorise, sur la foi de votre honneur;

c'est, entre vous, une question de conscience et de probité! »

Cette condition-là, certes, n'est pas absolument potestative; elle ne dépend pas *ex mero arbitrio;* et elle a bien pu être admise dans une donation entre-vifs, sans faire obstacle à sa perfection immédiate.

Et cette condition, nous maintenons qu'elle est la seule qui affecte la donation entre époux; toute autre explication de la faculté de révocation d'une donation contractuelle ne serait pas seulement contraire aux principes du droit; elle serait véritablement immorale!

Qu'on n'objecte pas que le lien de conscience, qui seul fait la garantie de la donation entre époux, n'est pas un lien de droit.

Il est vrai; mais est-ce que la loi civile ne reconnaît pas l'existence des obligations naturelles? oui, sans doute (art. 1235); et elle a pu dès lors considérer l'époux donateur comme suffisamment obligé, même en droit, à ne pas révoquer injustement la donation qu'il a faite à son époux, quoiqu'elle s'en remette à sa conscience pour l'accomplissement de cette obligation.

Telle est, à notre avis, la base sur laquelle doit être fondée la théorie des donations entre époux pendant le mariage.

Si nous y avons insisté, c'est que la plupart des jurisconsultes, parmi ceux même qui la considèrent comme une vraie donation entre-vifs, n'en présentent pas moins la faculté de révocation, avec ce caractère absolu d'omnipotence, que précisément nous lui contestons; et quelques-uns déclarent, en termes formels, que le donateur est toujours *libre de révoquer* A SA FANTAISIE...; que *ces donations sont toujours révocables* PAR LE SIMPLE CHANGEMENT DE VOLONTÉ OU CAPRICE DU DISPOSANT (Delvincourt, t. II, p. 409; Toullier, . VII, n° 918; Duranton, t. IX, n° 777; Marcadé, art. 1096, n° 4).

Eh bien! nous ne saurions admettre ces termes, ni la

pensée qu'ils représentent ; et nous venons de fournir les motifs de notre protestation (comp. *Revue crit. de jurisprud.*, t. I, p. 81 et suiv.; Saintespès-Lescot, t. V, nº 1996).

444. — Les nombreuses questions qui s'agitent sur cette matière, se trouvent, avons-nous dit, pour la plupart, subordonnées à la question fondamentale, que nous venons de résoudre ; c'est ce que l'on ne tardera pas à reconnaître, dans l'exposition que nous allons en faire, d'après la division que nous avons annoncée (*supra*, nº 438).

A. — *En quelle forme les donations entre époux doivent être faites ? — Et quels biens elles peuvent comprendre ?*

SOMMAIRE.

445. — I. La donation entre époux doit être passée devant notaire; et il doit en rester minute, sous peine de nullité.
446. — Suite. — Elle doit être acceptée expressément par l'époux donataire.
447. — Elle doit être transcrite, si elle comprend des biens susceptibles d'hypothèque.
448. — Elle doit être accompagnée d'un état estimatif, si elle comprend des effets mobiliers.
449. — Mais les époux ne peuvent se faire aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.
450. — Suite.
451. — Les époux peuvent-ils se faire des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux?
452. — *Quid*, des donations faites, entre époux, par personnes interposées ?
453. — *Quid*, des donations manuelles?
454. — *Quid*, des donations indirectes?
455. — II. La donation entre époux peut comprendre, soit des biens présents, soit des biens à venir, soit cumulativement des biens présents et à venir.
456. — Suite.
457. — Suite.
458. — Suite.
459. — Suite. — La donation entre époux peut aussi être faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, ou avec la réserve par le donateur de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés.

445. — I. Et d'abord, quant à la forme, puisque la

donation entre époux est une donation entre-vifs, il est évident qu'elle doit être passée devant notaire et qu'il doit en rester minute, sous peine de nullité, aux termes de l'article 931. La loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, est positive à cet égard (art. 2), et elle n'a fait d'ailleurs que consacrer une règle préexistante et déjà certaine (comp. Toullier, t. III, n° 917; Grenier, t. III, n° 457; Troplong, t. IV, n° 2451; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 284; Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*, II).

446. — Il s'ensuit que la donation entre époux doit aussi être acceptée expressément par l'époux donataire, aux termes de l'article 932; car l'article 1087 ne dispense de cette solennité que les donations faites *par contrat de mariage* (comp. Rennes, 20 mars 1841, Guindé, Dev., 1841, II, 418; Amiens, 24 nov. 1843, save, Dev., 1847, II, 343; Toullier, t. III, n° 917; Grenier, t. III, n° 458; Duranton, t. IX, n° 774; Vazeille, art. 1096, n° 6; Poujol, art. 1096, n° 7; Coin-Delisle, art. 1096, n° 10; Troplong, t. IV, n° 2653; Marcadé, art. 1096, n° 1; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 284; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, II).

447. — Pareillement, nous pensons que la donation entre époux doit être transcrite, conformément à l'article 939, si elle comprend des biens susceptibles d'hypothèque;

Et qu'elle doit être accompagnée d'un état estimatif, conformément à l'article 948, si elle comprend soit certains meubles déterminés, soit tout ou partie du mobilier présent de l'époux donateur.

On a, toutefois, contesté ces deux propositions.

Et d'abord, a-t-on dit, pourquoi la transcription? cette formalité n'a pour but que d'avertir les tiers du dessaisissement irrévocable, qui empêche désormais le donateur entre-vifs de disposer de la chose qu'il a donnée; or, l'époux donateur pourra, *après* tout aussi bien qu'*avant*

la transcription, aliéner l'immeuble par lui donné à son époux, puisque cette aliénation constituera, de sa part, une révocation de la donation ; donc, la transcription est inutile à l'égard des tiers, qui n'ont, en ce cas, nul intérêt à être avertis (Duranton, t. VIII, n° 509).

Très-bien ! répondrons-nous, en ce qui concerne les acquéreurs, les créanciers hypothécaires, les tiers enfin, auxquels l'époux donateur aurait concédé quelque droit réel sur l'immeuble compris dans la donation.

Mais ses créanciers chirographaires? est-ce qu'il serait possible de les empêcher de faire saisir et vendre l'immeuble donné, tant que la transcription de la donation n'aurait pas, à leur encontre, déplacé la propriété? non certainement (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 300-302) ;

Or, l'époux donateur, par cela seul qu'il aurait contracté des obligations personnelles, ne saurait être présumé avoir voulu révoquer la donation par lui faite à son époux (*infra*, n° 481) ;

Donc, la transcription est nécessaire pour protéger l'époux donataire contre les créanciers chirographaires du donateur (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 284 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, II).

448. — Quant à l'état estimatif, dont on a voulu aussi dispenser la donation entre époux, qui comprend des meubles présents (Duranton, t. VIII, n° 410), il nous semble, au contraire, que cette condition est exigée par le texte même de la loi, et par des motifs fort raisonnables :

Par le texte d'abord ; car l'article 948 est absolu ; et il paraît d'autant plus applicable aux donations entre époux, qu'il vient après l'article 947, qui dispense exceptionnellement ces sortes de donations de certaines règles, en général, applicables à la donation entre-vifs.

On en comprend d'ailleurs les motifs ; c'est que, en effet, l'état estimatif est nécessaire à l'époux donataire,

pour qu'il puisse défendre sa donation contre les poursuites des créanciers de l'époux donateur, qui voudraient saisir les meubles donnés; c'est aussi qu'il sera de la plus grande utilité au donateur lui-même, en lui permettant, s'il vient plus tard à révoquer la donation, de retrouver les mêmes meubles et tous les meubles, dont il s'était antérieurement dessaisi (comp. Cass., 19 juin 1830, Tauff, Dev., 1830, I, 325; Toullier, t. III, n° 917; Grenier, t. III, n° 459 *bis;* Vazeille, art. 948, n° 9; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 284; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, II).

449. — Mais, par exception aux règles ordinaires sur la forme de la donation entre-vifs, les époux ne peuvent se faire aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

C'est là, disons-nous, une exception; aussi, la loi a-t-elle cru devoir s'en expliquer formellement dans l'article 1097;

Exception, d'ailleurs, bien justifiée par la révocabilité même de cette espèce de donation, et qu'il importe particulièrement de maintenir (comp. le tome IV de ce *Traité*, n°s 12-13; Rennes, 15 fév. 1840, Bayeux, Dev., 1840, II, 226; Cass., 26 mars 1855, Laurent, Dev., 1855, I, 355; Cass., 15 juillet 1863, Vignes, Dev., 1863, I, 439; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 285; Bonnet, t. III, n° 932; *voy.* toutefois, Poitiers, 10 juin 1851, Lebeau, Dev., 1851, II, 609; Nîmes, 16 déc. 1865, Porte, Dev., 1866, II, 216; Troplong, t. IV, n° 2695).

450. — Rien ne fait, d'ailleurs, obstacle à ce que les époux se fassent des donations réciproques par des actes séparés, lors même que ces actes seraient passés immédiatement l'un à la suite de l'autre, devant le même notaire et les mêmes témoins (comp. le tome IV de ce *Traité*, n° 14; Cass., 22 juillet 1807, Lecouvreur, Sirey, 1807, I, 361; Cass., 16 juillet 1817, Duptot, Sirey, 1818, I, 379).

451. — Mais les époux peuvent-ils se faire des dona-

tions déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux?

C'est là une thèse difficile et controversée, et qui n'est même peut-être pas exempte, dans la doctrine, de certaines obscurités; nous avons eu l'occasion de l'aborder déjà (comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, nos 240 et suiv.); et nous allons en compléter ici l'exposition.

D'abord, s'il s'agit d'un contrat défendu entre mari et femme, la négative nous paraît certaine, puisque, dans ce cas, l'acte est nul même dans la forme apparente dont il a été revêtu (comp. notre *Traité* précité, n° 242).

Il faut donc, pour que la question s'élève, supposer que le contrat à titre onéreux, sous le voile duquel les époux ont déguisé une donation, est un contrat permis entre mari et femme, et qui pourrait, en effet, valoir comme tel, s'il était sérieux.

Mais il est simulé!

Pourra-t-il valoir comme donation?

Toullier enseigne l'affirmative, en ajoutant que cette donation sera d'ailleurs révocable, comme si elle avait été faite ouvertement (t. XII, n° 41). Tel est aussi l'avis de M. Duvergier (*de la Vente*, chap. II, sect. I, n° 183); et M. Troplong lui-même paraît bien l'admettre également dans son *Commentaire du Titre de la Vente* (t. I, n° 185); mais le savant auteur professe une doctrine contraire dans son *Commentaire des Donations entre-vifs et des Testaments* (t. IV, n° 2741).

Nous croyons que cette dernière doctrine est, en effet, la plus juridique, soit d'après le texte de la loi, soit d'après son motif essentiel :

1° Aux termes du second alinéa de l'article 1099 :

« Toute donation (entre époux) ou *déguisée*, ou faite à personnes interposées, sera nulle. »

Ces termes sont absolus : *toute donation*...; et le premier alinéa de l'article 1099 témoigne d'ailleurs, par son

renvoi *aux dispositions ci-dessus*, que la sanction qu'il décrète, est applicable à l'article 1096 aussi bien qu'aux articles 1094 et 1098.

2° C'est que, en effet, cette sanction énergique a pu paraître nécessaire pour maintenir intacte la faculté de révocation des donations entre époux pendant le mariage, aussi bien que pour faire respecter, entre eux, les limites de la quotité disponible.

Aussi, le déguisement de la donation entre époux sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, constitue-t-il une nullité de forme essentielle, qui fait que cette donation n'existe pas aux yeux de la loi, et qui est, en conséquence, proposable non-seulement par l'époux donateur lui-même, indépendamment de son droit de révocation, mais encore par ses héritiers, auxquels l'époux donataire ne saurait opposer un acte de donation nul en la forme :

« Attendu, ajoute la Cour de Cassation, que la condition de révocabilité attachée à ces donations, est une disposition d'ordre public.... » (Comp. Cass., 11 nov. 1834, Dev., 1834, I, 769 ; Paris, 14 août 1835, Eudeline, Dev., 1836, II, 343 ; Cass., 22 juill. 1846, Eymard, Dev., 1846, I, 604; Cass., 16 avril 1850, Calvincourt-Saint-Martial, Dev., 1850, I, 591 ; Dijon, 7 mars 1866, Thévenin, Dev., 1866, II, 314; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 286 ; Troplong, t. IV, n° 2741; Colmet de Santerre, t. IV, n° 279 *bis*, III; *voy.* pourtant Bourges, 2 mars 1836, Poupa, Dev., 1836, II, 344.)

Nous venons de trancher ainsi, par avance, une grande controverse, à savoir : si le second alinéa de l'article 1099 est applicable seulement au cas où la donation entre époux excède la quotité disponible, ou s'il constitue, au contraire, une disposition générale, applicable à toutes les donations entre époux, lors même qu'elles n'excèdent pas la quotité disponible ?

Cette dernière interprétation est, en effet, celle qui nous paraît devoir être admise ; et nous nous réservons

d'en fournir bientôt une démonstration plus complète (*infra*, nos 606 et suiv.).

452. — La même doctrine est applicable aux donations, qui seraient faites entre époux par personnes interposées.

Car le second alinéa de l'article 1099 s'applique en même temps aux donations *déguisées ou faites à personnes interposées*.

Et dès que le second alinéa de l'article 1099 est applicable, l'article 1100 doit l'être aussi nécessairement, puisqu'il n'en est que le développement.

C'est que, en effet, l'interposition de personnes aurait pu être, comme le déguisement sous la forme d'un contrat à titre onéreux, une entrave à la faculté de révocation.

Et voilà pourquoi l'ancien droit coutumier, qui prohibait les donations entre époux, ne permettait pas non plus que l'un des conjoints fît des donations aux enfants, que l'autre avait eus d'un précédent mariage (comp. cout. de Bourbonnais, art. 226; de Paris, art. 283; Pothier, *des Donat. entre mari et femme*, n° 113; Cass., 16 avril 1850, Calvincourt, cité *supra*, n° 451; Troplong, *loc. supra cit.*).

453. — N'en faut-il pas conclure que la donation manuelle est également défendue entre époux?

Elle serait bien aussi une entrave à la faculté de révocation.

Mais pourtant comment la défendre, cette donation, qui se fait de la main à la main?

Et puis, elle n'est ni déguisée, ni faite par personnes interposées.

C'est-à-dire que l'article 1099 ne s'y applique pas, et qu'aucun texte finalement ne la déclare nulle! (Comp. Bordeaux, 4 mars 1835, Olanyer, Dev., 1836, II, 568; Cass., 25 janv. 1859, Gillet, Dev., 1860, I, 255; Orléans, 21 juill. 1865, Carmouche, *Revue du notariat*, 1866,

p. 216; et Dev., 1866, II, 126; Toullier, t. V, nos 177 et suiv.; Troplong, t. IV, n° 2677; *Revue crit. de Jurisprud.*, 1851, p. 107, 108.)

Il est entendu, d'ailleurs, que cette question ne s'élève même pas quant aux cadeaux ou présents d'usage, que les époux peuvent se faire; ce ne sont pas là des *donations*, dans le sens de notre article 1096; et celui qui a fait le cadeau, ne serait pas fondé à le reprendre! (Arg. de la loi 31, § 8, ff. *de Donat. inter. vir. et ux.*; art. 852; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 515 *bis*.)

454.—Quant aux donations indirectes, que les époux auraient pu se faire pendant le mariage, aucun texte ne les déclare nulles (comp. art. 1099, premier alinéa, et le tome III de ce *Traité*, n° 82).

Elles seraient donc, en effet, valables, mais toujours aussi, bien entendu, révocables!

C'est ainsi qu'il pourrait y avoir lieu de considérer comme une donation faite par l'un des époux à l'autre, la renonciation que l'un d'eux aurait faite à un legs ou à une succession auxquels il avait droit, si cette renonciation avait été faite par lui *in favorem*, c'est-à-dire dans le but d'en faire parvenir le bénéfice à son époux (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 332; Cass., 15 mai 1866, Dernis, le *Droit* du 16 mai 1866).

Pothier propose, à cet égard, une distinction judicieuse, et dont il y aurait lieu, en effet, de tenir compte dans l'appréciation de ces sortes de renonciations :

Si le mari est légataire d'une personne, dont la femme est heritière ab intestat, et qu'il renonce à son legs, cette renonciation, dit-il, ne devra pas être considérée comme un avantage qu'il fait à sa femme : « Le mari ne fait, en cela, que ce que font, par générosité, des personnes qui répudient un legs qui leur a été fait par leurs amis ou leurs clients, non précisément dans la vue de faire une donation à l'héritier qui doit profiter de cette renonciation, et qui souvent est une personne qu'ils ne connais-

sent pas, mais qui n'ont d'autre vue que de laisser les choses dans leur cours naturel, et de ne pas s'enrichir des biens d'une famille étrangère. »

Et il ajoute :

« Mais lorsque le mari qui était seul dans le degré le plus prochain pour recueillir une succession opulente, la répudie pour la faire passer à sa femme qui se trouve être dans le degré suivant, cette répudiation ne peut passer que pour un véritable avantage qu'il avait dessein de faire à sa femme, aux dépens du droit qu'il avait de la recueillir.... » (*Des Donations entre mari et femme*, n° 88 ; comp. Troplong, t. IV, n° 2678.)

455. — II. La donation entre époux peut comprendre soit des biens présents seulement, soit des biens à venir seulement, soit cumulativement des biens présents et à venir.

Sous ce rapport, sans doute, elle n'est pas traitée comme une donation entre-vifs ordinaire (art. 943); et il faut aussi reconnaître que ses effets ne peuvent pas être et ne seront pas, de tous points, les mêmes, suivant qu'elle s'appliquera seulement à des biens présents, ou, au contraire, qu'elle comprendra des biens à venir.

Mais il ne nous en paraît pas moins certain qu'elle est susceptible de comprendre les uns et les autres.

L'article 947 déclare que : « les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre ;

Or, l'article 943, qui dispose que la donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur, fait partie des quatre articles qui précèdent l'article 947 ; et l'article 1096, qui autorise les époux à se faire des donations pendant le mariage, fait partie du chapitre IX ;

Donc, l'article 943 ne s'applique pas à l'article 1096.

Et, dans l'usage, en effet, rien n'est plus fréquent que les donations de biens à venir entre époux, pendant le

mariage (comp. Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 333; Aubry et Rau, t. VI, p. 286; Troplong, t. IV, n° 2643; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 276).

456. — Il importe, toutefois, de remarquer que, lors même qu'elle comprend des biens à venir, la donation entre époux n'en est pas moins une donation entre-vifs; car, ce n'est pas seulement par testament que la loi autorise les époux à se gratifier de leurs biens à venir; elle les autorise aussi à se donner entre-vifs, pendant le mariage, leurs biens présents et même leurs biens à venir.

Or, ce serait une puérilité indigne de la loi, ce serait même une sorte de piége plus indigne d'elle encore, si, finalement, il n'y avait aucune différence entre les dispositions de biens à venir faites par testament, et les dispositions de biens à venir faites par donation entre-vifs!

C'est que, à la différence du testament qui est l'œuvre de la seule volonté du testateur, et par lequel il ne dispose que *pour le temps où il n'existera plus*, la donation entre-vifs, même de biens à venir, est un acte contractuel, par lequel le donateur n'exprime pas seulement sa volonté de disposer pour le temps de sa mort, mais dispose, au contraire, dès ce moment même; c'est une disposition enfin que le donataire accepte comme lui étant faite actuellement, et qu'il ne peut accepter ainsi que parce qu'elle lui est ainsi offerte par le donateur.

D'où il suit que la donation entre époux, lors même qu'elle ne comprend que des biens à venir, doit être aussi, sous peine de nullité, soumise à la condition d'un acte notarié et d'une acceptation expresse (comp. Cass., 22 juillet 1807, Lecouvreur, Sirey, 1807, I, 361; Cass., 5 déc. 1816, Boursier, Sirey, 1818, I, 50; Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, sect. II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 284 et 288; Troplong, t. IV, n° 2653; *voy.* pourtant Chabot, *des Successions*, article 871, n° II; Duranton, t. IX, n° 778).

457. — Seulement, il est clair que les deux formalités

de la transcription, pour la donation de biens susceptibles d'hypothèque, et de l'état estimatif, pour la donation d'objets mobiliers, sont, par la force même des choses, inapplicables à une donation des biens à venir (comp. *supra*, n° 277; Paris, 30 août 1834, Mondet, Dev., 1834, II, 643; Duranton, t. VIII, n° 411; Troplong, t. IV, n° 2655).

458. — C'est, toutefois, une question controversée que celle de savoir si, dans le cas où la donation comprend cumulativement des biens présents et des biens à venir, la transcription et l'état estimatif ne sont pas du moins nécessaires, en ce qui concerne les biens présents.

Quoique la négative ait été fortement soutenue (comp. Riom, 5 déc. 1825, Sirey, 1826, II, 45; Duranton, t. VIII, n° 411, et t. IX, n° 733);

Le sentiment contraire nous paraît préférable; car la transcription et l'état estimatif sont, comme nous venons de le dire, exigés pour la donation des biens présents entre époux; or, la donation cumulative des biens présents et à venir peut elle-même, dans son résultat, n'aboutir qu'à une donation des biens présents; donc il convient, pour ce cas éventuel, afin d'assurer au donataire sa faculté d'option, de remplir, à l'égard des biens présents, les conditions nécessaires, en effet, à la donation des biens présents (comp. *supra*, n° 363; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 284).

459. — Ajoutons enfin que la donation entre époux, pendant le mariage, qui n'est pas soumise à l'application de l'article 943, n'est pas non plus, par le même motif, soumise à l'application des articles 944, 945 et 946 (arg. de l'article 947).

Elle peut donc être faite, sous la condition, par l'époux donataire, d'acquitter toutes les dettes présentes et futures de l'époux donateur, ou sous d'autres conditions, dont l'exécution dépendrait de sa volonté.

Comme, pareillement, le donateur peut se réserver la

faculté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 245 et 286; Demante et Colmet de Santerre, t. IV, n° 276).

B. — *Quels sont les effets de la donation, entre époux, pendant le mariage?*

SOMMAIRE.

460. — La règle générale est que la donation entre époux pendant le mariage, est une vraie donation entre-vifs, qui doit être, en effet, traitée comme telle, tant que la condition résolutoire de la révocation, à laquelle seulement elle est soumise, n'a pas eu lieu. — De cette règle résultent, comme autant de conséquences, tous les effets de cette donation.

461. — 1° La donation entre époux dessaisit immédiatement le donateur et saisit le donataire, qu'elle rend, *hic et nunc*, propriétaire ou créancier, suivant la nature de l'objet donné.

462. — 2° L'époux mineur, même parvenu à l'âge de seize ans, ne peut pas faire, pendant le mariage, une donation à son conjoint, soit de biens présents, soit même de biens à venir.

463. — 3° L'époux auquel il a été donné un conseil judiciaire, ne peut pas faire une donation à son époux pendant le mariage, sans l'assistance de son conseil.

464. — 4° La femme, mariée sous le régime dotal, ne peut pas donner, pendant le mariage, ses biens dotaux à son mari.

465. — 5° Il faut appliquer à la donation entre époux pendant le mariage, les règles ordinaires de la donation entre-vifs, pour déterminer l'époque à laquelle l'époux donateur doit être capable de disposer, et l'époux donataire capable de recevoir.

466. — 6° Dans le cas où les libéralités, faites par l'époux donateur, excèdent sa quotité disponible, la donation, qu'il a faite à son époux pendant le mariage, n'est soumise à la réduction qu'après l'épuisement de toutes les dispositions testamentaires; — et, s'il y a d'autres donations entre-vifs, elle n'y est soumise qu'à sa date, après les donations qui lui sont postérieures.

467. — Suite.

468. — 7° La donation entre époux pendant le mariage, devient-elle caduque par le prédécès de l'époux donataire? — Distinction.

469. — *a*. De la donation, qui a pour objet des biens présents.

470. — Suite. — L'époux donateur conserve contre les héritiers du donataire, la même faculté de révocation, qu'il avait contre le donataire lui-même.

471. — Suite. — L'époux donateur peut stipuler le droit de retour, pour le cas de prédécès de son époux, des biens présents, qu'il lui donne entre-vifs pendant le mariage.

460. — Nous croyons avoir établi que la donation entre époux pendant le mariage est une véritable donation entre-vifs, soumise seulement à une condition résolutoire de révocation.

Nous irons même jusqu'à dire que cette condition résolutoire n'a rien d'absolument spécial à la donation entre époux. Toute donation, en effet, peut être révoquée ou résolue, soit pour cause d'un vice dans le consentement du donateur, soit pour cause d'ingratitude du donataire (art. 901, 953); or, dans l'intention du législateur, dans son vœu et son espérance, ce n'est que pour l'une de ces causes que la donation entre époux est elle-même révocable; ce n'est que dans cette limite que l'exercice de la faculté de révocation, qu'il accorde, peut être moral et ne pas dégénérer en déloyauté.

De là cette règle générale, savoir : que, tant que la révocation n'a pas eu lieu, la donation entre époux pendant le mariage est, comme toute autre donation entre-vifs, une disposition actuellement parfaite, et qu'elle doit être traitée, en effet, comme toute autre donation entre-vifs.

Il nous sera maintenant facile d'en déduire successivement tous les effets.

461. — 1° C'est ainsi que la donation entre époux dessaisit immédiatement le donateur et saisit le donataire, qu'elle rend, *hic et nunc*, propriétaire ou créancier, suivant la nature de l'objet donné (comp. Cass., 12 avril 1843, Burdelot, Dev., 1843, I, 273).

S'agit-il de biens présents? la propriété en est de suite transférée au donataire, indépendamment de toute tradition; et la jouissance elle-même lui en est acquise, à moins que le donateur n'ait fait quelque réserve (art. 894, 938); de sorte que ces biens cessent, dès lors,

d'être le gage des créanciers du donateur, et que, par exemple, les immeubles compris dans la donation ne sont pas affectés des hypothèques légales ou judiciaires, qui n'auront frappé les biens du donateur que depuis la transcription de la donation (comp. Cass., 10 avril 1838, Pallet, Dev., 1838, I, 289; Colmet de Santerre, t. IV, nº 274 *bis*, V).

S'il s'agit de biens à venir ou de biens présents et à venir, le donataire est de même actuellement saisi du droit éventuel, que la donation lui confère; comme en est saisi l'époux donataire des biens à venir par contrat de mariage; de sorte qu'il n'est pas tenu de former, à l'époque du décès du donateur, une demande en délivrance, et qu'il a droit aux fruits, dès cette époque, sous la réserve seulement, d'après le droit commun, de ceux des fruits que les héritiers du donateur auraient perçus de bonne foi (comp. Paris, 29 août 1834, Mondet, Dev., 1834, II, 643; Cass., 5 avril 1836, Mondet, Dev., 1837, I, 35; *Conclusions* de M. l'avocat général Nicod; et *Note* de Devilleneuve, *h. l.*; Toullier, t. III, nº 921; Grenier, t. III, nº 453; Troplong, t. IV, nº 2660; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 290).

462. — 2º L'époux mineur, même parvenu à l'âge de seize ans, ne peut pas faire, pendant le mariage, une donation à son conjoint, soit de biens présents, soit de biens à venir (art. 903, 904).

On s'est récrié contre cette déduction; et l'on a dit : la loi ne défend la donation au mineur que parce qu'elle est irrévocable; or, la donation entre époux est révocable, au contraire, comme le testament; donc, elle doit être assimilée, en ce point, au testament lui-même; et nulle raison ne s'oppose à ce que l'époux mineur, parvenu à l'âge de seize ans, puisse, en effet, la consentir (comp. Delvincourt, t. II, p. 197; Vazeille, art. 904, nº 2).

On a invoqué aussi l'opinion de Rousseau de la Combe (vº *Age*, nº 6), et un arrêt du Parlement de Paris du

23 février 1610, qui a déclaré valable une donation entre-vifs faite, pendant le mariage, par un époux mineur à son conjoint, sous l'empire de la coutume de Paris.

Mais écartons, d'abord, l'autorité de l'ancien droit; on a vu toutes ses diversités et qu'il serait bien peu sûr d'y chercher, pour notre droit nouveau, en cette matière, des règles de décision.

C'est dans notre Code que nous devons chercher ces règles; or, précisément, il nous offre, sur cette question même, un texte formel! l'article 904 ne permet, en effet, au mineur parvenu à l'âge de seize ans, de disposer que *par testament;* et à moins d'effacer les articles 1096, 1097, et d'en venir à cette conclusion extrême que *la donation entre-vifs*, que l'un des époux fait à l'autre pendant le mariage, est *un testament*, il faut reconnaître que c'est l'article 903, et non pas l'article 904, qui est ici applicable.

Toullier en convenait; et tout en déclarant que « *l'esprit du Code ne s'oppose point à ce qu'un époux mineur dispose, par donation, en faveur de l'autre époux,* il ajoutait que *la lettre de la loi s'y oppose.* » (T. III, n° 925.)

Ce n'était pas assez dire! car la lettre de la loi est, en ce point, la très-intelligente expression de son esprit.

La donation entre époux se forme par une convention, qui produit un effet actuel; et le donateur, qui a fait l'offre, se trouve, après l'acceptation de cette offre par le donataire, engagé par un véritable contrat!

Ce motif seul suffirait; et c'est le seul, en effet, qui ait été fourni à l'appui de cette solution, dans la jurisprudence et dans la doctrine (comp. Paris, 10 avril 1820, Sirey, 1821, II, 351; Cass., 12 avril 1843, Burdelot, Dev., 1843, I, 273; Bordeaux, 18 déc. 1866, Cherchouly, Dev., 1867, II, 145; Grenier, t. III, n° 464; Poujol, art. 904, n° 4; Coin-Delisle, art. 1096, n° 9; de Freminville, *de la Minorité*, t. II, n°s 535 et 973; Marcadé, art. 1096, n° 1; Troplong, t. IV, n° 2645; Zachariæ,

Aubry et Rau, t. VI, p. 288-289; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, IV).

Qu'il nous soit, toutefois, permis d'ajouter que ce motif ne nous paraît pas répondre, d'une manière complète, aux objections de la doctrine contraire; et nous n'en voudrions pour preuve que les perplexités de Duranton.

Notre savant collègue pense-t-il que l'époux mineur ne peut pas faire, pendant le mariage, une donation à son époux? c'est à peine s'il est possible de répondre affirmativement, au milieu des doutes dont sa conclusion est remplie :

« Nous inclinons, dit-il, de préférence à l'opinion (qui défend la donation pendant le mariage à l'époux mineur), et uniquement à cause de la rigueur des principes concernant les formes d'après lesquelles on peut disposer à titre gratuit; et nous conseillons d'employer de préférence la forme testamentaire; on préviendra une difficulté qui est réellement grave. » (T. VIII, n° 184.)

Nous ne conseillons pas seulement, pour notre part, à l'époux mineur, de recourir de préférence à la forme testamentaire; nous lui déclarons carrément qu'il ne peut pas employer la forme de la donation entre-vifs.

Et pour compléter notre démonstration, nous ajoutons le motif que nous avons présenté plus haut, et que nous voudrions voir entrer, comme un élément général de décision, dans toutes les difficultés de cette matière.

Nous dirons donc que l'époux, qui a fait une donation entre-vifs à son époux, est bien et dûment engagé, malgré la faculté de révocation que la loi lui accorde; qu'il n'est pas comme un testateur qui, en révoquant son testament, ne fait, pour ainsi dire, que *changer d'idée*, et qui ne retire rien au légataire. L'époux, au contraire, en révoquant une donation entre-vifs, qu'il avait faite à son conjoint, retire à celui-ci le droit qu'il lui avait conféré par un contrat; il résout ce contrat; il reprend enfin sa

parole; et voilà pourquoi nous pensons que la loi elle-même considère l'époux donateur comme engagé, en conscience, à respecter cette donation entre-vifs, tant qu'il n'a point une cause sérieuse de révocation ! N'est-il pas évident aussi que pour révoquer une telle donation, il faut une force de volonté bien plus grande que pour révoquer un testament!

Tous ces arguments nous paraissent démontrer que l'époux mineur ne peut pas faire une donation à son époux pendant le mariage (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 421).

463. — 3° Les mêmes motifs nous paraissent démontrer aussi, malgré le dissentiment de Merlin (*Répert.*, v° *Don mutuel,* § 11, n° 11), que l'époux, auquel il a été nommé un conseil judiciaire, ne peut faire une pareille donation qu'avec l'assistance de ce conseil (comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle, de l'Interdiction, du Conseil judiciaire*, t. II, n° 742; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 289).

464. — 4° C'est encore pourquoi nous pensons que la femme, mariée sous le régime dotal, ne peut pas donner, pendant le mariage, ses biens dotaux à son mari.

La doctrine contraire a, toutefois aussi, de nombreux partisans.

Mais au point où nous en sommes, il nous suffira de citer les motifs mêmes sur lesquels ils la fondent, pour en démontrer, à ce que nous croyons, l'inexactitude :

« Il ne faut pas, dit Duranton, regarder comme une aliénation la donation, que la femme fait à son mari, de ses biens dotaux pendant le mariage, *parce que la révocabilité essentiellement attachée à ces sortes de donations, en fait des dispositions à cause de mort, qui ont la nature de legs.* » (T. XV, n° 534.)

Et M. Tessier, pour quel motif valide-t-il la donation du bien dotal faite par la femme à son mari?

« Parce qu'une telle donation est essentiellement ré-

vocable *et ne peut recevoir sa perfection qu'au décès de la donatrice.* » (*Traité de la dot*, 11, 59, 311.)

Si M. Troplong, à son tour, refuse de voir une aliénation prohibée dans cette donation du bien dotal, c'est parce « *qu'une telle donation,* réglée par l'article 1096, est révocable, *et qu'elle est subordonnée au prédécès de l'épouse.* » (*Du contrat de mariage*, t. IV, n° 3273, et *des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. IV, n° 2647; ajout. Guilhon, *des Donations*, t. II, n° 434; Caen, 2 juill. 1823, Langlois, Dev. et Carr., VII, I, 574; Cass., 1er déc. 1824; Riom, 5 déc. 1825.)

Aucun de ces motifs ne nous paraît exact.

Nous espérons avoir établi, contrairement à MM. Duranton et Tessier, que la donation entre époux, pendant le mariage, est une vraie donation entre-vifs, qui est, dès actuellement, parfaite.

Voilà bien ce que M. Troplong lui-même reconnaît.

Mais alors comment soutenir que cette donation entre-vifs, actuellement parfaite, est caduque par le prédécès du donataire!

C'était là, certainement, une contradiction; aussi l'éminent auteur a-t-il modifié, sur ce point, la doctrine qu'il avait professée dans son *Commentaire du Contrat de mariage;* et il enseigne dans son *Commentaire des Donations entre-vifs et des Testaments*, que la donation entre époux de biens présents n'est pas caduque par le prédécès de l'époux donataire (comp. *infra*, n° 469).

Et pourtant, M. Troplong, après avoir abandonné le motif sur lequel il fondait sa solution, maintient encore sa solution elle-même et continue d'enseigner que la femme mariée sous le régime dotal, peut donner ses biens dotaux à son mari pendant le mariage.

Nous concluons, au contraire, dans un sens tout opposé, que la femme mariée, sous le régime dotal, ne peut donner à son mari, pendant le mariage, ni ses biens présents, ni même ses biens à venir; et nous nous réfé-

rons aux autres arguments par lesquels nous avons entrepris de démontrer que la femme mariée ne peut pas disposer de ses biens dotaux par voie d'institution contractuelle (*supra*, n° 284; comp. *Revue crit. de jurisprud.*, 1851, p. 415-420).

465. — 5° Il faut appliquer à la donation entre époux pendant le mariage, les règles ordinaires de la donation entre-vifs, pour déterminer l'époque à laquelle l'époux donateur doit être capable de disposer, et l'époux donataire capable de recevoir.

C'est donc au moment même de la donation ou, suivant les cas, de la notification de l'acceptation, qui aurait eu lieu par acte séparé, qu'il est nécessaire et qu'il suffit que cette capacité existe dans la personne de l'un et de l'autre (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 694, et le tome III, n° 140).

De sorte que l'incapacité survenue postérieurement, soit de disposer dans la personne de l'époux donateur, soit de recevoir dans la personne de l'époux donataire, comme par exemple, la condamnation de l'un ou de l'autre à une peine afflictive perpétuelle, serait sans influence sur le sort de la donation désormais parfaite (comp. la loi du 31 mai 1854, art. 3).

Cette déduction, quoique contestée radicalement par quelques-uns, est néanmoins, en général, admise, quand la donation entre époux a pour objet des biens présents.

Mais, parmi ceux même qui l'admettent dans ce cas, plusieurs enseignent qu'il en est autrement, quand la donation a pour objet des biens à venir :

Les uns, exigeant alors, à l'époque du décès du donateur, la double capacité dans la personne du donateur de disposer et dans la personne du donataire de recevoir (Duranton, t. IX, n° 778);

Les autres, exigeant seulement la capacité de recevoir dans la personne du donataire, sans exiger, dans la

personne du donateur, la capacité de disposer; tel est l'avis de M. Troplong, qui décide que, dans ce cas, *le caractère testamentaire domine trop énérgiquement pour qu'on puisse ne pas exiger la capacité du donataire au moment où s'opère l'acquisition par la mort du donateur* (t. IV, n° 2650; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 289).

Mais, à notre avis, ni les uns ni les autres ne sont dans le vrai; et nous trouvons ici la preuve des incertitudes, oserons-nous dire? des contradictions auxquelles se trouve entraînée la doctrine qui ne veut voir, dans la donation entre époux, qu'un acte d'une nature mixte et équivoque, où les règles de la donation entre-vifs et du testament devraient tour à tour prévaloir (*supra*, n° 441).

Non! la donation entre époux n'a jamais un *caractère testamentaire!* elle est toujours une donation entre-vifs, lors même qu'elle a pour objet des biens à venir. Le droit de l'époux donataire est éventuel dans ce cas sans doute; et comme il ne peut s'exercer que dans la succession du donateur, nous croyons nous-même qu'il est subordonné à la survie du donataire; mais il n'en est pas moins toujours un droit contractuel, parfait dès le moment de la donation, et qui ne saurait être subordonné à aucune condition ultérieure de capacité personnelle de disposer ou de recevoir (comp. *suprà,* n° 394).

Il est vrai que l'on pourrait citer, en sens contraire, plusieurs fragments des jurisconsultes romains, et aussi la doctrine de la plupart de nos anciens auteurs français.

Mais nous avons, dès le début, pris le soin de constater que les traditions antérieures ne seraient pas, pour nous, un guide sûr, et qu'une différence profonde séparait désormais, sur cette matière, le droit nouveau de l'ancien droit (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis,* IV).

466. — 6° Dans le cas où les libéralités faites par l'é-

poux donateur excèdent sa quotité disponible, la donation qu'il a faite à son époux pendant le mariage, n'est soumise à la réduction qu'après l'épuisement de toutes les dispositions testamentaires.

Et s'il y a d'autres donations entre-vifs, elle n'y est soumise qu'à sa date, après les donations, qui lui sont postérieures (art. 923, 926).

Cette déduction de notre principe, quoique aussi fort controversée, nous paraît néanmoins devoir être admise; et nous croyons même qu'elle doit être appliquée non-seulement à la donation de biens présents, mais encore à la donation de biens à venir.

Quelques jurisconsultes, toutefois, l'ont contestée, même en ce qui concerne la donation de biens présents; c'est ainsi que Duranton, qui compare, en cette occurrence, la donation entre époux à une disposition testamentaire, veut qu'elle soit réduite, en effet, au marc le franc, avec les autres dispositions testamentaires (t. VIII, n° 357); et M. Colmet de Santerre, qui y reconnaît une donation, tout en convenant qu'elle ne sera réductible qu'après les dispositions testamentaires, ajoute que, en raison de sa révocabilité, elle sera réductible avant les donations postérieures, « parce que, dit-il, le donateur, par sa seconde libéralité, *a renoncé au droit de confirmer la première, en tant que cette confirmation pourrait nuire au nouveau donataire.* » (T. IV, n° 276 *bis*, VIII.)

Mais nous répondons que la donation entre époux pendant le mariage, n'a pas besoin d'être confirmée; elle est, dès actuellement, parfaite; et il faudrait qu'elle fût révoquée pour cesser de l'être! si elle n'est pas révoquée, elle demeure parfaite, *ut ex tunc*, à la date du jour où elle a été faite, absolument comme si elle avait été pure et simple, puisque la condition résolutoire, à laquelle seulement elle était soumise, ne s'est pas accomplie.

Ce qu'il faudrait donc soutenir dans ce système, c'est que l'époux donateur, qui a fait une seconde donation

entre-vifs, après la première donation entre-vifs qu'il avait faite à son époux, a nécessairement voulu révoquer celle-ci. Duranton, en effet, ne paraît pas éloigné de le croire (*loc. supra cit.*); mais une telle doctrine est, à notre avis, inadmissible; et par exemple, si la seconde donation a pour objet d'autres valeurs, que celles qui ont été données d'abord par l'époux à son époux, il n'y a vraiment aucun motif pour présumer qu'en faisant la seconde, il ait voulu révoquer la première!

Il aurait pu la révoquer sans doute; et nous convenons que si la seconde donation porte sur le même objet que la première, ou si l'époux donateur a annoncé son intention de révoquer la donation qu'il a faite à son époux, c'est la seconde qui devra prévaloir (comp. Montpellier, 27 mars 1835, Cot., Dev., 1836, II, 198).

Mais on voit que ce sera là, en effet, une *révocation*, et non pas une *réduction*, dans laquelle la donation entre époux, encore existante et non révoquée, serait traitée autrement que les donations entre-vifs ordinaires! (Comp. Toulouse, 21 mai 1829, Labessière, Dev., 1829, II, 268; *Conclusions* de M. l'avocat général Nicod, à l'audience de la Cour de Cassation du 5 avril 1836, Dev., 1837, I, 35-36; les motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation du 10 avril 1838, Paillet, Dev., 1838, I, 289; et de l'arr. du 18 avril 1843, Lecorgne, Dev., 1843, I, 638; Troplong, t. IV, n° 2658; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 290.)

467. — Cette solution est, il est vrai, plus délicate, dans son application à la donation, qui a pour objet des biens à venir.

Et la plupart des jurisconsultes enseignent, en effet, que celle-ci, bien que n'étant réductible qu'après les dispositions testamentaires, est réductible avant les autres donations entre-vifs même postérieurement faites (comp. Troplong, t. IV, n° 2661; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, *loc. supra cit.*; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, VIII).

Mais nous avons peine à comprendre ce rang intermédiaire, que l'on fait à la donation entre époux, dans l'exercice de l'action en réduction.

L'article 923, d'accord avec l'article 893, ne distingue que deux sortes de dispositions : les dispositions testamentaires et les donations entre-vifs.

Veut-on que la donation, qui a pour objet des biens à venir, soit, au point de vue de la réduction, considérée comme une disposition testamentaire ? elle sera réductible alors, avant les donations entre-vifs, et au marc le franc, avec les dispositions testamentaires.

Si on ne veut pas qu'elle soit réduite au marc le franc, avec les dispositions testamentaires, c'est qu'on la considère comme une donation ; et si on la considère comme une donation, elle n'est réductible qu'à sa date, après les donations postérieures.

C'est ce qui nous paraît, en effet, juridique.

Oh ! sans doute ; elle aura pu être révoquée par les donations postérieures ; et c'est ce qui arrivera, dans d'hypothèse, que propose M. Troplong, où un époux ayant donné, le 1er janvier 1850, à son conjoint les biens qu'il laissera à son décès, donne ensuite, le 1er février 1851, à Primus l'immeuble A, et le 30 mars 1853, à Secundus, l'immeuble B ; nous croyons bien aussi que Primus et Secundus, donataires de 1851 et 1853, ne subiront la réduction qu'après l'époux donataire de 1850 ; mais ce ne sera pas là, en réalité, entre eux, une question de *réduction ;* ce sera une question de *révocation !*

Mais si on reconnaissait qu'il n'y a pas eu révocation de la donation faite au conjoint par la donation postérieure faite à un tiers, il faudrait dire, suivant nous, que le droit de l'époux donataire, n'ayant pas été résolu, doit être regardé comme acquis, dès la date de la donation.

468. — 7° Voici enfin notre dernière déduction, qui nous amène à l'une des controverses les plus graves de cette difficile matière ; à savoir : si la donation entre

époux pendant le mariage, devient caduque par le prédécès de l'époux donataire.

Nous répondons :

Non, pour la donation de biens présents;

Oui, pour la donation de biens à venir;

469. — *a.* D'abord, que la donation ne soit pas caduque par le prédécès de l'époux donataire, quand elle a pour objet des biens présents, c'est la conséquence logique, et même l'une des plus nécessaires, de la prémisse fondamentale, sur laquelle nous avons édifié toute notre doctrine.

Cette conséquence néanmoins est l'une des plus contestées; et le plus grand nombre des jurisconsultes tiennent pour le parti contraire, d'après lequel le prédécès de l'époux donataire rend caduque la donation même, qui a pour objet des biens présents (comp. Delvincourt, t. II, p. 607; Toullier, t. III, n° 918; Grenier, t. III, n° 634; Vazeille, art. 1096, n° 9; Rolland de Villargues, *Répert.*, v° *Donation entre époux,* n° 71; Duranton, t. IX, n° 777; Poujoul, article 1096, n° 7; Taulier, t. IV, p. 231; Coin-Delisle, article 1096, n° 6; Marcadé, article 1094, n° 4; Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'Enregist.*, t. IV, n° 2989; *Conclusions* de M. Delangle, alors avocat général, à l'audience de la Cour de Cassation du 19 août 1845, Dev., 1845, I, 649-652).

Tel aussi avait été d'abord le sentiment de M. Troplong qui, toutefois, s'en est départi pour revenir à la doctrine contraire (t. IV, n° 2659).

C'est que, en effet, cette doctrine est certainement, suivant nous, la plus juridique :

1° *Une donation entre vifs, régulièrement faite et dûment acceptée, forme un contrat, qui ne peut être annulé ou révoqué, que dans les cas et pour les causes que la loi autorise;* c'est le motif de l'arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1845; et il est irréprochable!

Or, notre Code, en admettant la donation entre-vifs

pendant le mariage, entre mari et femme, a déclaré seulement qu'elle serait révocable, et ne l'a, par conséquent, soumise qu'à une cause de révocation ou de résolution;

Donc, il est impossible d'y introduire, en outre, une cause de caducité, à laquelle il ne l'a pas soumise.

Cet argument est d'autant plus décisif, que notre Code, en effet, lorsqu'il a voulu soumettre certaines libéralités à la caducité pour cause de prédécès du bénéficiaire, s'en est toujours formellement expliqué; c'est ce qu'il a fait, dans l'article 1039, pour les dispositions testamentaires, et dans l'article 1089, pour certaines dispositions par contrat de mariage.

Or, il serait bien étrange qu'il ne s'en fût pas expliqué de même pour les donations entre époux pendant le mariage, s'il avait voulu les soumettre aussi à cette chance de caducité.

2° On objecte les traditions antérieures du droit romain et de notre ancien droit français qui, en déclarant la donation entre époux *révocable*, la déclaraient, en même temps, *caduque* par le prédécès de l'époux donataire; et l'on en prétend déduire cette maxime que *la caducité est une conséquence nécessaire de la révocabilité;*

Oh! sans doute, de la *révocabilité*, telle qu'elle existe pour les testaments ou pour les donations à cause de mort, de cette révocabilité souveraine, qui empêche que la libéralité soit encore formée et que le droit soit acquis : « non videtur perfecta *donatio* MORTIS CAUSA, antequam mors insequatur » (L. 32, ff. *de mortis causa donationibus*);

Mais non pas de la révocabilité, qui se rencontre dans cette donation entre-vifs parfaite, que notre Code, très-différent du droit romain, et de l'ancien droit français, autorise entre les époux, et qui n'empêche pas que la donation soit formée et que le droit soit acquis au donataire.

Il serait d'ailleurs inexact de dire que la caducité, dans une disposition à titre gratuit, est subordonnée à la révocabilité ou à l'irrévocabilité de cette disposition. Les donations de biens à venir par contrat de mariage sont irrévocables (art. 1083, 1093); et pourtant elles sont caduques par le prédécès du donataire (art. 1089). Non! ces deux idées-là ne sont pas corrélatives; et ce qui résulte, au contraire, de nos textes, c'est que la caducité est liée, non pas au *caractère* révocable ou irrévocable de la disposition, mais à l'*objet* de cette disposition, suivant qu'elle porte sur *des biens présents* ou sur *des biens à venir :* non caduque, dans le premier cas; et caduque, dans le second cas.

3° Cette réponse s'applique aussi à un autre argument que la doctrine contraire a déduit de l'article 1086, combiné avec l'article 1089 : la donation, faite dans les termes de l'article 1086, est, dit-elle, plus difficilement révocable que la donation faite entre époux, dans les termes de l'article 1096; et pourtant elle est caduque par le prédécès du donataire; comment donc se pourrait-il que la même caducité n'atteignît pas la donation entre époux, qui est bien plus facilement révocable!

Nous rappellerons d'abord que, dans le droit antérieur, les donations faites, dans les termes de l'article 1086, sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, n'étaient pas caduques par le prédécès du donataire; c'est le Code Napoléon qui les a soumises à cette cause de caducité; et il existe, pour ce cas spécial, un texte formel; mais pourquoi? est-ce à cause de la révocabilité restreinte dont elles sont affectées? non pas! et nous avons même remarqué déjà que c'est par une cause toute contraire! le législateur du Code a considéré que la faculté de révocation dont ces donations sont affectées, par cela même qu'elle est restreinte et subordonnée à l'accomplissement d'un certain fait, ne serait pas, peut-être, susceptible d'être exercée librement, surtout après la

mort de l'époux donataire ; et, afin d'encourager ces donations, qui peuvent faciliter le mariage, il a établi cette cause de caducité, par suite de laquelle le donateur pourra rentrer dans les biens par lui donnés, sans être obligé d'accomplir la condition sous laquelle seulement elle aurait pu être révoquée (comp. *supra*, n° 385).

Or, cette considération est étrangère aux donations entre époux pendant le mariage, que l'époux donateur peut toujours révoquer, sans être tenu d'accomplir aucune condition.

4° Enfin, on a argumenté, contre notre doctrine, de l'article 1092, qui porte que : « Toute donation entre-vifs « de biens présents, faite entre époux par contrat de ma- « riage, ne sera pas censée faite sous la condition de sur- « vie du donataire, si cette condition n'est formellement « exprimée. »

D'où l'on a prétendu induire que, dans la pensée du législateur, la donation entre-vifs de biens présents faite entre époux pendant le mariage, est, au contraire, censée faite sous la condition de survie du donataire; et l'on a ajouté qu'une telle donation faite par un époux à son époux, doit être, en effet, considérée comme essentiellement personnelle et intransmissible !

Mais le véritable argument *a contrario*, qui résulte de l'article 1092, est déduit par le Code lui-même, dans l'article 1093; le contraste est nettement établi, par ces deux articles, entre la donation *par contrat de mariage*, qui a pour objet *des biens présents*, et la donation *par contrat de mariage*, qui a pour objet *des biens à venir :* la première n'est pas caduque par le prédécès de l'époux donataire, dit l'article 1092; et la seconde est, au contraire, caduque par son prédécès, dit l'article 1093.

Voilà les deux textes corrélatifs !

Quant à la donation entre époux *pendant le mariage*, le Code ne s'en est pas occupé, pas plus dans l'article 1092 que dans l'article 1093.

C'est, d'ailleurs, une doctrine qui viole, suivant nous, les principes, que celle qui voudrait établir cette présomption que la donation entre-vifs faite par l'un des époux à l'autre pendant le mariage, doit être considérée comme essentiellement personnelle; car elle ne tendrait à rien moins qu'à prétendre que la donation entre-vifs est impossible entre les époux pendant le mariage!

Sans doute, toute libéralité est personnelle, en ce sens qu'elle est, à son origine, inspirée par une affection pour la personne gratifiée; mais quand la libéralité est parfaite et qu'elle est acquise à cette personne, le bien, qui en fait l'objet, lui appartient irrévocablement comme ses autres biens.

Or, tel est le caractère de la donation entre-vifs (art. 938); et puisque la donation entre-vifs est autorisée, entre époux, pendant le mariage, la conséquence inévitable en est que le bien donné appartient désormais au donataire, aussi irrévocablement que ses autres biens! (Comp. *supra*, n° 412.)

Il faut même ajouter que cette conséquence est encore mieux justifiée dans la donation entre époux que dans toute autre; car l'époux donateur, conservant toujours la faculté de révoquer la donation, même après la mort de l'époux donataire (*infra*, n° 470), la doctrine qui déclare que la donation n'est pas caduque par le prédécès de celui-ci, ne présente aucun inconvénient; si, en effet, l'époux donateur survivant ne veut pas que les héritiers de l'époux donataire conservent le bien donné, il révoquera! mais s'il ne révoque pas, c'est qu'il reconnaît lui-même qu'il a entendu transmettre le bien donné à son conjoint d'une manière définitive!

Remarquons enfin que cette conclusion est conforme à la théorie générale de notre Code, qui a voulu abolir la donation à cause de mort, et qui, en ne prononçaut pas la caducité de la donation entre époux pour cause de prédécès du donataire, extirpait ainsi, de plus en plus,

toutes les racines que ce mode de disposer, si usité dans nos anciennes mœurs françaises, avait jetées, çà et là, dans tout le droit privé (comp. Limoges, 1er févr. 1840, Périer, Dev., 1840, II, 241; Cass., 18 juin 1845, Lecorgne, Dev., 1845, I, 638; Angers, 27 juin 1848, Lecorgne, Dev., 1848, II, 208; Toulouse, 26 février 1861, Traisin, Dev., 1861, II, 327; Troplong, t. IV, n° 2659; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 291-293; Massé et Vergé, t. III, p. 335; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, VI; Saintespès-Lescot, t. V, n° 2001).

470. — L'époux donateur conserve, d'ailleurs, contre les héritiers du donataire la même faculté de révocation, qu'il avait contre le donataire lui-même.

Cette doctrine, que nous venons d'exprimer (*supra*, n° 469), nous paraît tout à fait juridique.

On pourrait objecter, il est vrai, l'article 957, qui porte que la révocation pour cause d'ingratitude d'une donation entre-vifs ordinaire *ne peut pas être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire;* et peut-être aussi se sentirait-on porté, par un premier mouvement très-respectable sans doute, à se récrier contre une solution qui permet à l'époux donateur de jeter comme un outrage à la mémoire de son époux, cette tardive révocation de son bienfait!

Mais ces arguments ne sauraient prévaloir sur le texte de l'article 1096 qui déclare que *ces donations seront toujours révocables.*

C'est que, en effet, ces donations ont un caractère particulier, en raison même du lien qui unissait le donateur et le donataire; et on comprend que le législateur ait cru devoir laisser au donateur survivant cette faculté de révocation, que peut-être il aurait voulu exercer avant la mort du donataire et dont des craintes plus ou moins fondées paralysaient, dans ses mains, l'exercice (comp. Limoges, 1er février 1840, Périer, Dev., 1840, II, 241; Cass., 18 juin 1845, Lecorgne, Dev., 1845, I, 638;

Angers, 27 févr. 1848, Lecorgne, Dev., 1848, II, 208; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 293; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, VI).

471. — Il est aussi bien entendu que l'époux donateur peut stipuler le droit de retour, pour le cas de prédécès de son époux, des biens présents qu'il lui donne entre-vifs pendant le mariage (art. 951; comp. *supra*, n° 413).

Et cette stipulation n'étant soumise à aucune formule sacramentelle, c'est aux magistrats qu'il appartient de décider, d'après les termes de l'acte et l'intention dont ils témoignent, si, en effet, la clause du retour a été stipulée par le donateur.

C'est ainsi que la qualification de donation à cause de mort, qui aurait été employée, pourrait être un argument considérable à l'appui de l'interprétation, qui prétendrait trouver, dans l'acte, une stipulation de droit de retour;

Quoique, pourtant, cet argument ne dût pas être, par lui-même, toujours décisif; car l'effet des actes en général, et des donations en particulier, n'est pas nécessairement subordonné aux qualifications, plus ou moins inexactes, dont les parties ont pu se servir (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 291 et 293).

472. — Est-il besoin de dire que la donation d'un bien présent entre époux ne serait pas non plus caduque par l'effet d'un changement survenu dans la chose donnée, et qui, en transformant sa substance juridique, lui aurait fait perdre son *nomen appellativum*?

Mais, pourtant, ce serait là une *perte totale*, qui anéantirait le droit éventuel d'un légataire! (Art. 1042; comp. le tome V de ce *Traité*, n° 339.)

Oui, d'un légataire, qui, tant que le testateur existe, n'a pas même un droit éventuel, mais une simple espérance, et dont le droit ne peut naître, lors du décès du testateur, que sous la condition que la chose même, qui en est l'objet, existera encore;

Mais non pas d'un donataire entre-vifs, dont le droit

sur le bien donné était parfait, et qui peut dire : *meum est quod ex re mea superest!* (Comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, IV.)

473. — *b*. Tout ce qui précède, s'applique à la donation de biens présents entre époux pendant le mariage (*supra*, n° 469 et suiv.).

Mais il en est autrement de la donation des biens à venir, ou des biens présents et à venir; celle-ci est, au contraire, caduque par le prédécès de l'époux donataire.

Les textes, à cet égard, ne sauraient permettre aucun doute; et quand on voit, notamment, que l'article 1093 déclare caduque par le prédécès de l'époux donataire la donation de biens à venir faite par *contrat de mariage*, et qui est irrévocable, comment serait-il possible de prétendre que la même caducité n'atteint pas la donation de biens à venir faite *pendant le mariage*, et qui est révocable!

C'est que, en effet, la donation de biens à venir se résume en un droit éventuel de succession, qui exige la survie du donataire au donateur; et voilà ce que prouve aussi l'exemple de l'institution contractuelle (comp. art. 1082, 1089; et les citations *supra*, n° 469).

C. — *De quelle manière les donations entre époux, pendant le mariage, peuvent être révoquées. — Et quels sont les effets de la révocation?*

SOMMAIRE.

474. — Les donations entre époux pendant le mariage ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants. — Renvoi.

475. — Mais elles sont révoquées, de plein droit, en vertu de l'article 299, par l'effet de la séparation de corps, au préjudice de l'époux, contre lequel elle a été obtenue. — Renvoi.

476. — La révocation peut être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice.

477. — Les créanciers de l'époux donateur ne pourraient pas exercer, en son nom, cette faculté, et révoquer, de son chef, la donation, qu'il aurait faite à son conjoint.

474. — L'article 1096 dispose que les donations entre époux, pendant le mariage, ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

C'est une règle qui nous est déjà connue (art. 960; comp. *supra*, n° 425; et le tome III de ce *Traité*, n° 775).

475. — Mais nous savons qu'elles sont, au contraire, révoquées de plein droit, en vertu de l'article 299, qui porte que « .... l'époux contre lequel le divorce (ou la séparation de corps) aura été admis, perdra tous les avantages, que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, *soit depuis le mariage contracté.* » (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n°s 429-430.)

476. — Afin de maintenir intacte, et dans toute la liberté de son exercice, la faculté de révocation, l'article 1096 déclare que cette révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice.

C'est là, en effet, une faculté essentiellement personnelle, qui ne pouvait être soumise à aucune formalité d'autorisation étrangère! (Comp. art. 225 et 905; et le tome V de ce *Traité*, n° 122.)

477. — Voilà aussi pourquoi les créanciers de l'époux donateur ne pourraient pas exercer cette faculté en son nom, et révoquer, de son chef, la donation qu'il aurait faite à son conjoint.

L'article 1166, qui accorde aux créanciers le pouvoir

d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, en excepte *ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne.*

Or, s'il est une faculté qui soit exclusivement attachée à la personne du débiteur, c'est assurément celle, en vertu de laquelle il pourrait, comme époux, révoquer la donation par lui faite à son époux !

Se figure-t-on bien des créanciers venant, pour un intérêt pécuniaire, jeter le trouble dans la famille et reprocher publiquement à l'époux donataire des faits d'ingratitude, que l'époux donateur pardonne ou qu'il veut, du moins, dévorer en silence et cacher à tous les regards !

Que les créanciers intentent l'action révocatoire ou Paulienne, s'ils prétendent que la donation a été faite par leur débiteur à son conjoint, en fraude de leurs créances, c'est là leur droit, sans doute ; mais c'est leur seul droit (art. 1167 ; comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 84 ; Limoges, 1er févr. 1840, Périer, Dev., 1840, II, 241 ; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 333 ; Aubry et Rau, t. VI, p. 296).

478. — La révocation de la donation entre époux peut être expresse ou tacite.

Mais notre Code n'en a pas déterminé les formes ; et il est permis de le regretter ; car son silence a fait naître des difficultés.

C'est ainsi d'abord que, en ce qui concerne la révocation expresse, la question s'est élevée de savoir si elle ne pouvait être faite que suivant les formes requises par la loi, pour la révocation des testaments, dans l'article 1035?

Et cette question, en effet, pouvait paraître délicate, avant la loi du 12 juin 1843, sur la forme des actes notariés.

Aussi, plusieurs jurisconsultes enseignaient-ils que l'article 1035 n'était pas, en droit, nécessairement applicable, et que la question de savoir si la déclaration de révocation, exprimée dans un acte quelconque, par l'é-

poux donateur, établissait suffisamment sa volonté de révoquer, était une simple question de fait, que les magistrats pouvaient décider, d'après les circonstances; d'où résultait cette conséquence qu'ils auraient pu trouver une preuve légale de révocation dans un acte sous seing privé, qui n'aurait pas été écrit en entier, daté et signé de la main de l'époux donateur (comp. Toullier, t. III, n° 923; Coin-Delisle, art. 1096, n° 15).

Nous n'avions pas cru devoir admettre cette doctrine, même sous l'empire du Code Napoléon; et il nous paraissait résulter implicitement, mais nécessairement, de ce silence même de notre Code, qu'il s'en était référé, pour la révocation des donations entre époux pendant le mariage, aux articles par lesquels il avait déjà réglé les formes de la révocation des testaments; l'identité absolue des deux matières ne permettant pas, suivant nous, d'y admettre, sous ce rapport, une différence.

Mais, aujourd'hui, la question est tranchée en ce sens par le texte de l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, d'après lequel la révocation expresse de la donation entre époux pendant le mariage doit être, comme la révocation d'un testament, *à peine de nullité, reçue conjointement par deux notaires, ou par un notaire, en présence de deux témoins.*

Or, dès que la révocation de la donation entre époux, lorsqu'elle est faite devant notaire, est soumise à la même forme solennelle que la révocation d'un testament, de sorte qu'un simple acte notarié ordinaire n'y suffirait pas, il est impossible d'admettre qu'elle puisse avoir lieu, à la différence du testament, par un simple acte sous seing privé, qui ne serait pas revêtu des formes testamentaires.

Ce serait là une contradiction manifeste!

Il faut donc conclure que, en ce qui concerne la révocation expresse, l'article 1035 est applicable à la donation entre époux comme au testament; et qu'elle ne peut être révoquée que dans les mêmes formes que le testa-

ment (comp. la Discussion de la loi du 21 juin 1843; Duvergier, *Rec. des lois*, 1843, p. 222 et suiv.; et sur Toullier, t. III, n° 923, note 1; Troplong, t. IV, n° 2665; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 294; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, IX).

479. — Voilà pour la forme.

Quant au fond, dans quels cas l'acte, d'où l'on prétendra faire résulter une révocation expresse de la donation faite par l'un des époux à l'autre, aura-t-il, en effet, cette portée?

C'est là une question d'interprétation.

Ce que l'on peut dire, en thèse générale, c'est qu'il faut, en effet, que la révocation soit expresse, c'est-à-dire non équivoque.

Et voilà comment on a pu décider qu'un acte par lequel l'époux donateur avait déclaré révoquer tous *testaments* antérieurs, n'emportait pas la révocation de la *donation* qu'il avait faite à son époux (comp. Cass., 17 juillet 1837, Compain, Dev., 1837, I, 913; Troplong, t. IV, n° 2666; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 294).

480. — Puisque l'article 1035, qui règle la forme de la révocation expresse des testaments, est applicable à la révocation des donations entre époux, n'est-il pas logique d'en conclure que les articles 1036 et suivants, qui règlent, pour les testaments, les formes de la révocation tacite, y sont également applicables?

Nous le croyons ainsi, et que c'est en ce sens que le silence du législateur, dans notre chapitre, doit être encore interprété (*supra*, n° 478; comp., toutefois, Coin-Delisle, art. 1096, n° 15; Colmet de Santerre, t. IV, n° 270 *bis*, IX).

481. — En conséquence, la donation entre époux serait révoquée tacitement, aux termes de l'article 1036, par une donation entre-vifs ou par un testament postérieur, qui contiendrait des dispositions incompatibles avec elle ou qui y seraient contraires.

Elle serait révoquée, disons-nous, dans la mesure, bien entendu, seulement de cette incompatibilité ou de cette contrariété. (Paris, 17 juill. 1826, Sirey, 1829, II, 104; Toulouse, 21 mai 1829, Julia, Sirey, 1830, II, 22; Montpellier, 17 mars 1835, Cot, Dev., 1836, II, 198; Cass., 17 juill. 1837, Compain, Dev., 1837, I, 913; Douai, 15 juill, 1851, Bécourt, Dev., 1852, II, 576; Troplong, t. IV, n° 2667; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 295).

482. — Pareillement, aux termes de l'article 1038, la donation entre époux serait révoquée tacitement par l'aliénation que ferait le donateur de tout ou de partie de la chose donnée.

Mais, au contraire, la constitution d'hypothèque par le donateur sur la chose donnée n'entraînerait pas la révocation de la donation; et elle donnerait seulement lieu, comme en matière de testament, à l'application de l'article 1020 (comp. Limoges, 1er févr. 1840, Périer, Dev., 1840, II, 241).

A plus forte raison, en serait-il ainsi des simples dettes chirographaires, que l'époux donateur aurait contractées depuis la donation (comp. *supra*, n° 447; Cass., 10 avril 1838, Paillet, Dev., 1838, I, 289; Delvincourt, t. II, p. 657; Toullier, t. III, n° 924; Vazeille, art. 1096; Troplong, t. IV, n° 2668; Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*).

483. — La révocation faite par l'époux donateur est l'accomplissement de la condition résolutoire, à laquelle la donation était soumise; et elle doit, en conséquence, produire les effets qui sont attachés, en général, à l'accomplissement de cette espèce de condition (art. 1183).

A l'égard de l'époux donataire, la donation doit donc être considérée comme si elle n'avait pas été faite; et il est tenu de restituer la chose donnée; moins, toutefois, les fruits, qu'il a perçus avant la révocation (comp. Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, IX).

484. — Et à l'égard des tiers, il faut appliquer la règle : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (art. 2125).

D'où il suit que les aliénations, les constitutions de servitudes, d'hypothèques, consenties par l'époux donataire, se trouvent résolues ; de manière que la chose donnée rentre, libre et franche, dans les mains de l'époux donateur.

Il n'y a donc pas lieu, suivant nous, d'appliquer le tempérament que l'article 958 apporte, dans l'intérêt des tiers, aux conséquences résolutoires de la révocation de la donation entre-vifs ordinaire pour cause d'ingratitude.

C'est que, en effet, ce tempérament est subordonné à une condition, qu'il est impossible de remplir; comment faire l'inscription de *la demande en révocation* en marge de la transcription, puisqu'il n'y a pas *de demande en révocation !*

Et puis, d'ailleurs, l'article 958 n'est applicable qu'à la révocation pour cause d'ingratitude; et la révocation produit, au contraire, tous ses effets résolutoires, à l'égard des tiers, lorsqu'elle a lieu pour cause d'inexécution des conditions (art. 954), et *à fortiori* lorsqu'elle est prononcée, plutôt comme nullité que comme révocation, pour un vice dans le consentement du donateur ;

Or, l'époux, qui révoque la donation qu'il a faite à son époux pendant le mariage, n'est pas tenu de faire connaître les causes de sa révocation ;

Donc, il est impossible d'admettre, en cas pareil, aucune différence dans les effets résolutoires de la révocation (comp. le tome III de ce *Traité*, nos 697 et suiv.).

485. — L'époux donateur est mort, sans avoir révoqué la donation.

Et l'époux donataire lui a survécu.

La donation est-elle désormais à l'abri de toute cause de révocation ?

Ou, au contraire, les héritiers du donateur peuvent-ils

en demander la révocation, soit pour cause d'inexécution des conditions, soit pour cause d'ingratitude, dans les termes de l'article 957?

Notre Code garde encore sur ce point le silence, et on pourrait hésiter peut-être à accorder aux héritiers de l'époux donateur, le droit de demander la révocation d'une donation, que leur auteur lui-même n'a pas cru devoir révoquer; ne serait-ce pas, d'ailleurs, faire subir à cette donation une sorte de transformation dans son caractère juridique, que de la déclarer désormais soumise à la révocation judiciaire; tandis qu'elle nous apparaît, d'après son caractère primitif, comme révocable par la volonté seulement du donateur!

Nous croyons, toutefois, que les héritiers de l'époux donateur peuvent demander la révocation de la donation contre l'époux donataire.

Le texte de la loi et les plus pressantes considérations nous paraissent justifier cette doctrine :

1° Aux termes de l'article 953, la donation entre-vifs peut être révoquée pour trois causes, à savoir : pour cause d'inexécution des conditions, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants; telle est la règle générale, qu'il faut appliquer à toutes les donations entre-vifs, à moins que la loi elle-même n'y ait fait une exception;

Or, l'article 1096 ne fait d'exception, en ce qui concerne la donation entre époux pendant le mariage, que relativement à la révocation pour cause de survenance d'enfants;

Donc, il résulte implicitement des textes mêmes que cette donation demeure soumise aux deux autres causes de révocation.

2° Cette conclusion, sans doute, n'a pas d'importance, du vivant de l'époux donateur, qui peut révoquer la donation, sans être tenu de déclarer la cause qui le détermine.

Mais il en est autrement, après sa mort, lorsque l'époux donataire se trouve en présence de ses héritiers; et il faut alors revenir au droit commun des donations entre-vifs, parce que, en dehors de cette doctrine, on arrive à des conséquences intolérables, qu'il n'a pas été certainement dans l'intention du législateur d'admettre !

Dira-t-on, en effet, que la donation sera *toujours révocable* par les héritiers de l'époux donateur comme par l'époux donateur lui-même? mais cela est impossible; les héritiers du donateur ne sont pas eux-mêmes les donateurs! et la raison se soulève à la pensée qu'ils pourraient révoquer la donation à leur gré, sans aucune espèce d'entrave!

Déclarera-t-on alors cette donation désormais tout à fait irrévocable?

Mais cette autre alternative n'est pas elle-même moins impossible.

Et si l'époux donataire en viole toutes les conditions?

Et s'il a commis, envers l'époux donateur, la plus noire ingratitude! supposez même que l'époux donateur succombe à ses mauvais traitements, à ses violences, sans avoir pu révoquer la donation! (Comp. le tome III de ce *Traité*, nos 677 et 682.)

Faudra-t-il donc laisser la donation à cet époux ingrat et indigne!

Cela n'est pas proposable!

Et nous concluons que les héritiers de l'époux donateur peuvent, en effet, demander la révocation contre l'époux donataire, soit pour cause d'inexécution des conditions, soit pour cause d'ingratitude (comp. Coin-Delisle, art. 1096, nos 12-13; Colmet de Santerre, t. IV, n° 276 *bis*, VII).

486. — Mais s'ils demandent la révocation pour cause d'ingratitude, faudra-t-il appliquer l'article 958?

Nous venons de reconnaître que cet article n'est pas applicable à la révocation, qui est faite par l'époux donateur (*supra*, n° 484).

Or, dira-t-on, pourquoi serait-il applicable, après sa mort, à la révocation qui est prononcée, sur la demande de ses héritiers?

Mais pourtant ses héritiers, après lui, ne peuvent plus agir qu'en vertu de l'article 957; et l'article 958 n'est-il pas une conséquence de l'article 957?

Nous sommes porté à le croire ainsi, tout en regrettant que le législateur n'ait pas réglé plus complétement cette situation.

III.

De la quotité disponible entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

SOMMAIRE.

487. — Division.

487. — Trois points principaux nous restent à étudier sur cette vaste matière, à savoir :

A. — La quotité disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage;

B. — La quotité disponible entre époux ayant des enfants d'un précédent mariage;

C. — Certaines règles communes aux dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.

A. — *De la quotité disponible entre époux n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage.*

SOMMAIRE.

488. — Exposition générale. — Historique. — Philosophique.
489. — Suite.
490. — Suite.
491. — Texte de l'article 1094. — La quotité disponible entre époux est la même, de quelque manière et à quelque époque que les dispositions aient été faites : soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.
492. — Suite. — Il faut toutefois distinguer, quant aux dispositions testamentaires faites pendant le mariage, entre le cas où l'époux disposant est majeur et le cas où il est mineur. — Renvoi.
493. — *a.* Du cas où l'époux disposant n'a ni ascendants, ni enfants, et ne laisse pour héritiers que des parents collatéraux. — Il peut alors

488. — Nous avons annoncé que les articles 913-916 du chapitre III de notre titre, qui règlent la quotité disponible en général, ne s'appliquent qu'aux libéralités faites par le disposant au profit *d'un étranger*, c'est-à-dire d'après l'acception usitée de ce mot dans notre matière, au profit de tout autre que *de son époux* (art. 1094), et que le Code Napoléon a réglé, d'une manière spéciale, la quotité disponible *entre époux* (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 39).

Tel est l'objet des articles 1094, 1098 et suivants de ce chapitre IX.

Des considérations puissantes ont déterminé le législateur à édicter ces règles spéciales; il est d'autant plus intéressant de les rappeler, qu'elles semblent, à première vue, se contredire; et que, tandis que les raisons les plus graves exigent que la quotité disponible soit *étendue*, lorsque la disposition est faite par l'un des époux au profit de l'autre, on trouve des raisons non moins graves qui paraissent commander, au contraire, de la *restreindre!*

Raisons vraies, pourtant, de part et d'autre, et auxquelles il était de la sagesse du législateur de donner également satisfaction dans une juste mesure.

A envisager d'abord le lien qui unit les époux, et le caractère des libéralités qu'ils peuvent se faire, c'est le système *extensif*, qui semble devoir l'emporter; les libéralités faites par l'un des époux à l'autre ne sont pas, en effet, seulement justifiées par ces sentiments de tendresse, de dévouement et de reconnaissance, dont le mariage est la source la plus pure et la plus vive! elles ont une

autre cause encore, et qui les rend particulièrement dignes de faveur; c'est qu'elles sont, très-souvent, l'acquittement d'une obligation naturelle, de cette obligation de *secours*, qui existait entre les époux durant le mariage (art. 212), et qui survit à sa dissolution! N'est-ce pas, en effet, pour l'époux prémourant, une véritable dette, dans le for intérieur, d'assurer, autant que possible, à son époux survivant, la continuation, dans son veuvage, des mêmes habitudes d'existence qu'ils ont eues ensemble dans leur union? ne lui doit-il pas, ne se doit-il pas à lui-même de ne pas le laisser déchoir de sa condition sociale, de ne pas le laisser surtout dans la dépendance de ses enfants! c'est-à-dire dans une situation pleine d'amertumes, et qui serait inévitable, si la fortune était du côté du prémourant, et que le survivant, au contraire, fût pauvre!

Voilà ce qu'avaient compris les législations antérieures: et nos provinces de droit écrit, qui avaient emprunté au droit romain *la quarte du conjoint pauvre*; et nos provinces coutumières, qui avaient établi *le douaire*, *l'augment de dot et le contre-augment*; autant de gains nuptiaux, dont le but était d'assurer, pour l'acquittement de cette obligation naturelle du prémourant, des ressources convenables au survivant (comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 176).

Le Code Napoléon n'a rien conservé de ces institutions; et nous savons aussi le rang éloigné qu'il a donné au conjoint survivant, dans les vocations héréditaires ab intestat (art. 767, et notre *Traité* précité, t. II, n° 775; *voy.* toutefois, aussi, notre *Traité de la Puissance paternelle*, n° 479).

Ce n'est donc aujourd'hui que par l'époux prémourant lui-même, par ses dispositions, que ce devoir de secours peut être rempli envers l'époux survivant; et le législateur nouveau, qui lui en laissait le soin et la responsabilité, s'engageait, par cela même, à lui en fournir les

moyens ! tel est le premier aspect de cette situation, celui qui exige, en faveur de l'époux, l'extension de la quotité disponible, et qu'elle soit fixée d'après d'autres bases que la quotité disponible ordinaire.

Qu'importe, en effet, le nombre des enfants issus de ce mariage que la mort de l'un des époux vient de dissoudre ? les besoins personnels de l'époux survivant n'en seront ni plus grands, ni moindres ; et même, s'il y a lieu de tenir compte du nombre des enfants, ce sera dans une proportion toute contraire à celle d'après laquelle on en tient compte dans la fixation de la quotité disponible ordinaire ; c'est-à-dire qu'il faudra *étendre* le disponible au lieu de le *restreindre*, en raison du plus grand nombre des enfants ; car ce nombre même implique que le mariage a duré plus longtemps ; il augmente les titres du survivant à la bienfaisance reconnaissante du prédécédé ; il éloigne aussi, par cela même, la crainte d'un nouveau mariage ; et ce que l'époux survivant diminuera, comme gratifié, de la succession du prémourant, les enfants du commun mariage le retrouveront plus tard dans sa succession.

Ajoutons que le survivant pourra ainsi répartir équitablement entre ses enfants, les biens à lui donnés par le prédécédé, en faisant, s'il y a lieu, au profit des moins favorisés d'entre eux, une disposition par préciput.

489. — Ce sont là, certes, de graves considérations, puisées dans la vérité des faits et dans l'expérience, et qui recommandent, en faveur de l'époux, le système extensif de la quotité disponible.

Il est vrai !

Mais ces considérations elles-mêmes offraient un danger ; et nous pouvons dire que c'est de leur gravité même qu'il naissait ; ce que l'on devait craindre, en effet, c'est que précisément l'époux ne s'exagérât, envers son époux, cette dette naturelle de secours ; c'est que les entraînements de sa tendresse ne le portassent à des libéralités

excessives, hors de proportion avec les besoins personnels de son conjoint, et telles qu'il n'aurait jamais consenti à les faire au profit d'aucun autre!

Et voilà comment le législateur de notre Code a restreint, d'un côté, la quotité disponible entre époux, en même temps qu'il l'étendait de l'autre.

Est-ce de sa part, ainsi qu'on l'a prétendu, inconséquence ou contradiction?

Nous ne le pensons pas; et ce système, tout à la fois extensif et restrictif, atteint, au contraire, avec autant de logique que de sagesse, le double but qu'il se propose, savoir : de permettre, dans tous les cas, à l'époux d'assurer la position de son époux, mais de ne lui permettre, en aucun cas, de dépasser la limite convenable; et de là, en effet, le système qui marque invariablement cette limite, que les libéralités entre époux pourront toujours atteindre et qu'elles ne pourront jamais dépasser.

490. — On voit, par ces observations, que la qualité personnelle de l'époux gratifié est l'un des éléments les plus considérables, dont le législateur ait tenu compte, dans la fixation du *quantum* de cette quotité disponible spéciale.

Ce n'est pas là l'un de ses traits les moins caractéristiques.

De droit commun, en effet, la réserve est instituée en considération des réservataires eux-mêmes; et le législateur ne s'enquiert pas de ceux auxquels pourra être attribuée la quotité disponible (comp. le t. II de ce *Traité*, n° 463);

Tandis que la réserve est ici instituée, non pas seulement en considération des réservataires, mais aussi en considération de celui auquel la quotité disponible devra être attribuée.

Et, à ce point de vue, il est impossible de ne pas reconnaître une certaine analogie entre les dispositions de notre Code, qui règlent la quotité de biens que l'un des époux pourra recevoir de son époux, et celles qui règlent

la quotité de biens que l'enfant naturel pourra recevoir de ses père et mère; c'est que, en effet, la théorie de la loi semble reposer, dans l'un et l'autre cas, sur les mêmes considérations.

Pour les père et mère naturels aussi, c'est une obligation de subvenir aux besoins de leur enfant et d'assurer convenablement son avenir; mais on doit craindre, également de ce côté, les entraînements des affections illégitimes! aussi, le législateur, en même temps qu'il autorise les libéralités par les père et mère naturels au profit de leur enfant, en a-t-il déterminé la mesure; et il a, dans ce cas aussi, marqué une limite, qu'elles peuvent atteindre, et qu'elles ne peuvent pas dépasser.

Ces deux théories ont donc, entre elles, une certaine corrélation; et pourtant notre Code semble avoir fait, entre l'une et l'autre, une grande différence; car c'est un principe d'incapacité personnelle qu'il décrète, relativement à l'enfant naturel; tandis que, relativement à l'époux, il décrète une règle de disponibilité réelle.

Il est vrai!

Mais cette différence est peut-être, au point de vue qui nous occupe, dans les mots encore plus que dans les choses; et nous avons remarqué déjà que « les restrictions par lesquelles le législateur a limité les droits successifs de l'enfant naturel, constituent beaucoup plus des règles de disponibilité réelle que des règles de capacité personnelle. » (Comp. notre *Traité des Successions*, t. II, n° 83; et le t. I de ce *Traité*, n° 555.)

491. — La première hypothèse, dont nous avons à nous occuper, est celle où il n'existe pas d'enfants d'un précédent mariage.

Elle est réglée par l'article 1094, en ces termes :

« L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfants ni descendants, disposer, en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer

en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

« Et, pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. »

Notons d'abord que la quotité disponible est la même, entre époux, de quelque manière et à quelque époque que les dispositions aient été faites, *soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage;* il ne pouvait, en effet, y avoir, sous ce rapport, aucun motif de différence entre ces dispositions.

492. — Il faut ajouter pourtant que les libéralités que les époux peuvent se faire pendant le mariage, comportent, au point de vue précisément de la quotité disponible, une distinction, qui n'est pas applicable aux libéralités qu'ils peuvent se faire par contrat de mariage.

Par contrat de mariage, en effet, il n'y a pas à distinguer si le futur époux, qui donne, est majeur ou mineur; lors même qu'il est mineur, il peut donner à son futur époux tout ce qu'il pourrait lui donner, s'il était majeur, pourvu d'ailleurs qu'il soit, comme nous le supposons, assisté des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour la validité de son mariage (art. 1095; *supra*, n° 427);

Tandis que, au contraire, pendant le mariage, l'époux mineur ne peut disposer par testament au profit de son époux que de la moitié de ce dont il pourrait disposer, s'il était majeur; en d'autres termes, il faut appliquer *aux dispositions testamentaires* entre époux l'article 904, auquel l'article 1094 ne déroge pas; c'est là une doctrine que nous croyons avoir déjà établie (comp. le t. I de ce *Traité*, n°s 417 et 421; *infra*, n° 496; Toulouse, 27 nov. 1841, D..., Dev., 1842, II, 125; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 608; Bonnet, t. III, n° 1029, note 3).

Nous disons : *aux dispositions testamentaires;* car on sait qu'une *donation entre-vifs* ne peut pas être faite, pendant le mariage, par un époux mineur à son époux (*supra*, n° 462).

495. — Dans cette première hypothèse, où les époux n'ont pas d'enfants d'un précédent mariage, trois cas peuvent se présenter :

a. — Supposons d'abord que l'époux disposant n'a ni ascendants ni enfants et qu'il ne laisse pour héritiers que des parents collatéraux.

Dans ce cas, il peut disposer, au profit de son époux, de l'universalité de ses biens, en pleine propriété; comme il pourrait en disposer au profit d'un étranger (art. 916); c'est ce que l'article 1094 décide, implicitement, il est vrai, mais nécessairement, puisqu'il n'établit pas, pour ce cas, entre époux, une quotité disponible spéciale.

Le législateur de notre Code a-t-il été, en ceci, tout à fait juste?

Il est vrai que le droit nouveau ne se préoccupe pas, comme l'ancien droit coutumier, du soin de la conservation des biens dans les familles; et l'on peut dire aussi que, suivant l'ordre des affections, l'époux tient la première place dans le cœur de son époux!

Nous ne sommes pourtant pas entièrement satisfait de cette explication.

C'est précisément parce que l'affection conjugale est très-vive qu'il est souvent nécessaire de la prémunir contre ses entraînements; et notre sujet lui-même nous offre plus d'une rencontre dans laquelle l'époux ne pourra pas donner à son époux tout ce qu'il pourrait donner à un étranger.

Cet homme a des frères et sœurs, ou des neveux et nièces; il n'est pas à craindre, le plus souvent, qu'il les dépouille au profit d'un étranger; tandis que la présence d'un époux peut, au contraire, inspirer sérieusement cette crainte!

Et si cela, en effet, arrive, si cet époux dispose, au profit de son époux, de toute sa fortune en pleine propriété, ce n'est pas s'avancer trop, que d'affirmer que presque toujours ce sera là une libéralité excessive que l'opinion publique désapprouvera.

De deux choses l'une :

Le mariage n'a-t-il eu que peu de durée? l'excès de la libéralité n'en est que plus grand, surtout si l'époux avait déjà recueilli les successions de ses père et mère; et souvent alors, c'est cette libéralité même qui va servir de dot à un second mariage!

Et si le mariage a duré longtemps, est-ce que la disposition qui transmet à cet époux, déjà lui-même avancé dans la vie, la pleine propriété de tous les biens de l'autre, n'est pas une disposition faite au profit de sa famille plutôt qu'à son profit à lui-même, c'est-à-dire au profit d'une famille étrangère, et au détriment de la famille du disposant!

Plus d'une fois des faits semblables nous ont ému; aussi, sommes-nous porté à conseiller, en général, dans ces situations, les dispositions en usufruit plutôt que les dispositions en propriété (comp. *supra*, n° 413).

494. — *b*. Le second cas est celui où l'époux disposant ne laisse pas d'enfants, mais laisse des ascendants.

Celui-ci est directement prévu par le premier alinéa de l'article 1094, d'où il résulte que l'époux peut alors disposer en faveur de son époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition *au préjudice des héritiers*.

Pourquoi n'avoir pas dit simplement : *au préjudice des ascendants*, puisque, à défaut d'enfants, il n'y a, parmi tous les autres héritiers, que les ascendants qui aient une réserve? (Art. 915, 916.)

L'explication en est historique; d'après l'article 16 du projet, une réserve était attribuée non-seulement aux

enfants et aux ascendants, mais encore à beaucoup d'autres héritiers, savoir : aux frères et sœurs, aux descendants de frères et sœurs, et même aux oncles et aux cousins germains (Fenet, t. XII, p. 571); et l'article 151 du même projet, en se référant à l'article 16, avait employé cette formule générale par laquelle l'époux, qui n'avait pas d'enfants, était autorisé à disposer, en usufruit, de la totalité de la portion dont la loi prohibait la disposition *au préjudice des héritiers ;* formule abrégée, qui avait l'avantage d'éviter l'inutile rappel de la nombreuse légion des héritiers réservataires (Fenet, t. XII, p. 392).

Mais notre Code n'a pas conservé l'article 16; tandis qu'il a conservé l'article 151 ; et voilà comment l'article 1094, qui reproduit littéralement la rédaction de ce dernier article, dit encore aujourd'hui : *au préjudice des héritiers;* au lieu de dire, comme cela eût été, en effet, bien plus simple : *au préjudice des ascendants;* au reste, si le texte primitif n'a pas été modifié en ce sens, la faute n'en est pas à la section de législation du Tribunat ; car elle avait demandé ce changement dans la rédaction de l'article 1094 (Fenet, t. XII, p. 467).

Quoi qu'il en soit, ce qui résulte de ce premier alinéa de l'article 1094, c'est que l'époux qui ne laisse que des ascendants, peut disposer, en faveur de son époux, de toute la quotité disponible ordinaire, telle qu'elle est fixée par l'article 915, et, en outre, de l'usufruit de la réserve des ascendants.

Si donc, il laisse des ascendants dans l'une et dans l'autre ligne, il peut disposer, en faveur de son époux, de la moitié de ses biens en pleine propriété, et de l'autre moitié en usufruit;

Et, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne, il peut disposer, en faveur de son époux, des trois quarts en pleine propriété et du quart en usufruit.

495. — Voilà donc, en faveur de l'époux, une extension, une augmentation du disponible ordinaire.

Mais ce qui peut paraître étrange, c'est que cette augmentation porte sur l'usufruit de la réserve de l'ascendant !

Cette objection n'a pas échappé au législateur; et le tribun Jaubert y répondait en ces termes :

Paraîtra-t-il trop rigoureux de priver les ascendants de l'usufruit de la réserve? c'est, en quelque sorte, ne laisser la réserve que pour leurs héritiers; mais c'est la faveur du mariage. Pourquoi la mort d'un époux changerait-elle la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que par l'interversion du cours de la nature? » (Fenet, t. XII, p. 621.)

Plusieurs jurisconsultes, et des plus autorisés, ont approuvé cette explication (comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 353; Grenier, t. III, n° 449; Benech, *de la Quotité disponible entre époux*, p. 159, 160; Troplong, t. IV, n° 2556; Colmet de Santerre, t. IV, n° 273 *bis*, I).

Nous ne saurions, toutefois, nous en montrer satisfait.

« Il est véritablement dérisoire, disait M. de Malleville, de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus, qui ont, ordinairement, de moins qu'eux, l'âge d'une génération ! » (*Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, t. II, p. 437.)

On objecte que, dans l'ordre légitime des affections, l'époux est placé avant l'ascendant, et que la loi aurait pu priver entièrement l'ascendant de sa réserve, quand le donataire est le conjoint du donateur.

Soit ! la loi aurait pu l'en priver !

Mais ce n'est pas là ce qu'elle fait; et tout au contraire ! elle défend à l'époux de disposer, en faveur de son époux, de la nue propriété de la réserve des ascendants.

Or, c'est, bien entendu, dans l'intérêt des ascendants eux-mêmes, que la loi décrète cette défense; ce n'est pas dans l'intérêt des parents collatéraux; car, si l'époux n'avait que des parents collatéraux, il pourrait donner à

son époux la pleine propriété de tous ses biens; aussi, ne sommes-nous nullement touché de cette observation de M. Colmet de Santerre, que, « si la loi avait renversé sa proposition, et autorisé, au profit de l'époux, la disposition de la réserve en nue propriété, *la famille du disposant eût été à jamais privée de cette portion de ses biens.* » (*Loc. supra cit.*)

Il est vrai; mais qu'importe! est-ce que la famille du disposant ne pouvait pas en être privée!

Évidemment, oui!

C'est donc, disons-nous, uniquement dans l'intérêt des ascendants, et pour sauvegarder leur réserve, que l'époux ne peut pas, à leur préjudice, disposer de la propriété de tous ses biens.

Or, la question amenée à ces termes, il nous paraît difficile de n'être pas choqué de voir que la loi qui veut maintenir la réserve des ascendants, même à l'encontre de l'époux donataire de son époux, ne leur attribue, pour cette réserve, qu'une nue propriété, en autorisant la disposition de l'usufruit au profit de l'époux, qui sera toujours plus jeune qu'eux d'une génération!

Qu'on ne dise pas que les ascendants ne pouvaient pas compter sur la succession de leur enfant, et qu'elle ne leur arrive que par une interversion de l'ordre de la nature!

Car cet argument s'attaque au système tout entier de la réserve des ascendants; et il ne tendrait à rien moins qu'à la supprimer.

Qu'on la supprime donc, si on le croit devoir faire.

Mais, si on la maintient, il faut nécessairement la maintenir sérieuse et efficace! or, est-ce une réserve efficace et sérieuse à offrir aux ascendants, que la nue propriété grevée de l'usufruit de leur bru ou de leur gendre!

Ajoutons, d'ailleurs, que cette interversion de l'ordre de la nature change aussi beaucoup la position de l'ascendant lui-même, et que, en perdant son enfant, il perd

le droit qu'il aurait eu de lui demander des aliments, s'il se trouve dans le besoin; car, son enfant, n'ayant pas lui-même laissé d'enfants (c'est le cas où nous sommes), l'époux survivant n'est pas tenu d'en fournir à l'ascendant de son époux prédécédé (art. 206).

Nous savons bien que l'on a répondu que l'ascendant, s'il est dans le besoin, pourra vendre la nue propriété qui forme alors sa réserve.

Mais, outre que cette seconde objection détruit elle-même la première, puisque, si l'ascendant vend sa nue propriété, *la famille du disposant sera ainsi à jamais privée de cette portion de ses biens*, est-ce que l'époux lui-même n'aurait pas pu vendre aussi la nue propriété, si la loi avait, comme on dit, renversé sa proposition et décidé, en réservant aux ascendants l'usufruit, que l'époux ne pourrait disposer, en faveur de son époux, que de la nue propriété de leur réserve.

Assurément! et même il aurait pu la vendre bien plus avantageusement que l'ascendant ne pourra faire; puisque l'ascendant étant plus âgé, les chances d'extinction d'un usufruit sur sa tête eussent été plus grandes; à ce point que l'enfant aurait pu souvent attendre, sans aliéner la nue propriété, l'extinction de cet usufruit!

Tels sont nos scrupules; et si nous avons tenu à les exprimer, c'est que M. Troplong a traité peut-être un peu sévèrement l'opinion de M. de Malleville, en n'y voyant qu'une *erreur*, qui n'avait pu séduire que *des esprits inattentifs*.

Cette opinion est, au contraire, à notre avis, fort sérieuse! (Comp. Duranton, t. IX, n° 783; Coin-Delisle, art. 1094, n° 3; Boutry, n° 405; Bonnet, t. III, n° 1027.)

496. — Nous avons remarqué déjà que, si l'époux disposant est un mineur, âgé de plus de seize ans, il ne peut léguer à son époux que la moitié de ce dont il pourrait disposer à son profit, s'il était majeur (*supra*, n° 492).

Et de là peut résulter, dans l'application de ce premier

alinéa de l'article 1094, une conséquence singulière où l'on aperçoit de plus en plus, en relief, l'espèce de désaccord que nous avons signalé dans notre Code, qui, dans le titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, accorde aux ascendants une réserve, qu'il refuse aux frères et sœurs, quoique pourtant, dans le titre *des Successions*, il appelle les frères et sœurs en concours avec les père et mère, et même à l'exclusion des ascendants d'un degré supérieur (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 73).

Si, en effet, l'époux âgé de plus de seize ans, mais mineur de vingt et un ans, laisse des ascendants et des frères et sœurs, il aura pu disposer, au profit de son époux, de l'usufruit de la portion attribuée à ses ascendants ; tandis qu'il n'aura pas pu disposer de l'usufruit de la portion attribuée à ses frères et sœurs !

C'est-à-dire que les ascendants seront moins bien traités que les frères et sœurs, *quoiqu'ils* aient une réserve, et que les frères et sœurs n'en aient pas ; et nous pourrions dire même précisément *parce qu'ils* ont une réserve ! telle est, en effet, la conséquence du texte même de l'article 1094, qui ne permet à l'époux de disposer, en faveur de son époux, que de l'usufruit de la portion *dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers ;*

Or, la loi ne prohibe la disposition que de la portion qu'elle attribue aux ascendants (art. 915) ; et elle ne prohibe pas la disposition de la portion qu'elle attribue aux collatéraux (art. 914).

Et si on objecte que cette interprétation *choque la justice et la raison*, nous répondrons, avec la Cour de Toulouse, qu'il n'appartient pas aux tribunaux de la réformer, et que le législateur seul en aurait le pouvoir (27 nov. 1841, D..., Dev., 1842, II, 124; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 608; Bonnet, t. III, n° 1029, note 3; *voy.* toutefois, Troplong, t. IV, n° 2621).

497. — *c.* Enfin, pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, l'article 1094 dé-

cide qu'il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.

Ce qui frappe, à la première lecture de ce texte, c'est qu'il ne se réfère pas à la quotité disponible ordinaire de l'article 913. A la différence du premier alinéa, qui se réfère à la quotité disponible ordinaire de l'article 915, en autorisant l'époux, qui laisse des ascendants, à disposer, en faveur de son époux, *en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger*, *et*, *en outre*, *de l'usufruit de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers*, ce second alinéa ne fait pas mention de ce dont l'époux, qui laisse des enfants, pourrait disposer, en propriété, en faveur d'un étranger; et la quotité, dont il autorise l'époux à disposer en faveur de son époux, ne concorde pas avec celle de l'article 913, puisqu'elle est indépendante du nombre des enfants et qu'elle demeure, dans tous les cas, fixe et invariable.

Ce défaut de concordance n'existait pas dans le projet de l'an VIII ; et, tout au contraire ! le second alinéa de l'article 1094 (qui était l'article 151 du projet), autorisait aussi l'époux, qui laissait des enfants, à disposer, en propriété, de tout ce dont il pouvait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit d'une certaine portion de la réserve.

C'est que, dans le projet de l'an VIII, la quotité disponible de celui qui avait des enfants, quel qu'en fût le nombre, un seul ou plusieurs, était elle-même fixée invariablement au quart en propriété ; telle était la règle posée par l'article 16.

Et, par conséquent, lorsque l'article 151 déclarait que l'époux, qui laissait des enfants, pouvait disposer, en faveur de son époux, *d'un quart en propriété* et d'un quart en usufruit, c'était absolument comme s'il eût dit que l'époux pouvait disposer, en faveur de son époux, *en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un*

étranger, et, en outre, de l'usufruit d'un quart de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.

Nous mettons un grand prix à bien constater cette théorie du projet; elle est, comme on voit, très-nette.

D'une part, la quotité dont l'époux pourra disposer *en propriété*, en faveur de son époux, est la même quotité dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger; ce n'est pas une quotité disponible nouvelle, distincte et indépendante de la quotité disponible ordinaire; non! c'est, disons-nous, la même; et, par conséquent, ce que l'époux donnera, *en propriété*, à son époux, sera imputable sur la quotité disponible ordinaire; car celle-là est la même pour tous, pour lui comme pour les autres!

D'autre part, l'époux pourra, *en outre*, disposer d'un quart en usufruit sur la réserve des enfants; de même qu'il pourra disposer, *en outre*, lorsqu'il laisse des ascendants, de l'usufruit de la totalité de la réserve.

En deux mots, la quotité disponible, *en propriété*, est la même pour l'époux que pour les étrangers.

Il n'y a, entre l'époux et les étrangers, que cette différence que l'époux peut : en outre de la propriété de la quotité disponible ordinaire, disposer de l'usufruit soit de la totalité de la réserve de ses ascendants, soit d'une portion de la réserve de ses enfants.

Voilà en quoi consiste, à son profit, l'augmentation, et sur quoi elle porte; l'augmentation consiste en usufruit, et l'usufruit porte sur la réserve.

Tel était le système du projet.

Et nous ajoutons que notre Code a conservé le caractère fondamental de ce système.

Il est vrai que la quotité disponible en propriété, de celui qui a des enfants, a été modifiée; et au lieu de la fixer invariablement au quart des biens, comme l'article 16 du projet, l'article 913 du Code l'a faite, au contraire, variable, eu égard au nombre des enfants;

Tandis que, d'un autre côté, l'article 1094, qui repro-

duit littéralement l'article 151 du projet, a maintenu l'invariabilité du quart, en propriété, dans la quotité disponible entre époux.

De là, sans doute, il résulte que la concordance qui régnait dans toutes les parties du projet, n'existe plus dans notre Code; nous le croyons ainsi nous-même; et nous allons entreprendre de le démontrer contre ceux qui prétendent que l'époux, qui a des enfants, peut encore, sous notre Code, disposer, en propriété, en faveur de son époux, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger.

Mais ce que nous croyons également, c'est que la base essentielle du projet n'en a pas été moins maintenue, c'est-à-dire que la quotité dont l'époux peut disposer *en propriété*, au profit de son époux, est toujours la même quotité disponible, dont il pourrait disposer au profit d'un étranger; en ce sens qu'elle ne constitue pas, en effet, une quotité disponible nouvelle, qui serait distincte et indépendante de l'autre (comp. *infra*, n° 508).

Elle peut être, aujourd'hui, tantôt plus forte, tantôt plus faible.

Mais ce n'en est pas moins sur cette quotité que doit toujours porter la disposition que l'époux fait, en propriété, en faveur de son époux.

Cette exposition historique était nécessaire; on ne tardera pas à reconnaître l'importance des conséquences qui en résultent.

498. — De ce que nous venons de dire, il suit que la quotité disponible entre époux, ayant des enfants, se trouve tantôt plus forte, tantôt plus faible que la quotité disponible ordinaire de l'article 913 :

Plus faible, s'il n'y a qu'un enfant; car, dans ce cas, la quotité disponible, en faveur d'un étranger, est de la moitié des biens en pleine propriété, d'après l'article 913; tandis qu'elle est seulement, d'après l'article 1094, du quart en propriété et du quart en usufruit, ou de la moitié en usufruit seulement;

Plus forte, s'il y a trois enfants, ou un plus grand nombre; car, dans ce cas, la quotité disponible, d'après l'article 913, est du quart seulement en propriété; tandis qu'elle est encore la même, c'est-à-dire du quart en propriété et du quart en usufruit, ou de la moitié en usufruit, d'après l'article 1094.

Et dans le cas où il y a deux enfants, la quotité disponible de l'article 1094, comparée à celle de l'article 913, sera plus forte ou plus faible, suivant la manière dont on évaluera l'usufruit; elle sera plus faible, si on estime l'usufruit, d'après la loi sur l'enregistrement, du 22 frimaire an VII, l'usufruit moitié moins que la pleine propriété; car, un quart en propriété et un quart en usufruit valent 9/24; tandis que le tiers en propriété ne vaut que 8/24; mais elle pourrait être plus faible, si on estime l'usufruit, en fait, d'après l'âge de l'époux et les autres éléments de l'espèce; il se pourrait alors que la quotité disponible spéciale de l'article 1094 ne fût pas équivalente à 8/24, c'est-à-dire au tiers, qui forme, dans ce cas, d'après l'article 913, la quotité disponible ordinaire (comp. notre *Traité de la Distinction des biens*; *de la Propriété; de l'Usufruit*, etc., t. II, n° 227 *bis;* Boutry, n° 411 ; Bonnet, t. III, n° 1034).

Mais y a-t-il lieu de se livrer à cette évaluation? c'est ce que nous nous réservons d'examiner (*infra*, n° 529, 530).

Quoi qu'il en soit, voilà certainement, d'après l'article 1094, une quotité disponible spéciale, et qui diffère, dans son étendue, de la quotité disponible ordinaire de l'article 913.

498 *bis.* — La Cour de cassation a décidé que la réduction d'une disposition faite par un époux au profit de son époux, au delà de la quotité fixée par l'article 1094, ne peut pas être demandée par un enfant naturel du disposant, lorsque, d'ailleurs, la réserve de cet enfant est intacte. (12 juin 1866, Calmettes, Dev., 1866, I, 319.)

Cette décision nous paraît très-bien rendue, et même si incontestable que *nous comprenons*, comme l'arrêtiste, *que les auteurs n'aient pas prévu que la question pût s'élever !*

L'arrêt de la Cour suprême n'en est pas moins pourtant remarquablement motivé; et nous voulons en citer quelques passages :

« .... Attendu que l'article 1094, qui règle, en dehors du droit commun, la quotité disponible entre époux, ne suppose évidemment en présence que les conjoints d'une part, et de l'autre, des enfants nés du mariage ou leurs descendants;— Qu'en fixant cette quotité disponible d'une manière absolue, et sans égard au nombre des enfants, le législateur a voulu dégager les époux de toute préoccupation d'intérêt personnel, et favoriser ainsi la fécondité du mariage; — Que ce serait méconnaître sa pensée que d'étendre à l'enfant naturel le bénéfice d'une disposition imposée par un pareil motif, en lui donnant le droit de poursuivre contre l'époux survivant, la réduction, dans la mesure fixée par l'article 1094, des avantages faits à son profit par son conjoint prédécédé, lorsque d'ailleurs ces avantages laissent intacte la réserve que la loi lui assure; — .... Attendu que la démonstration de l'interprétation restreinte à donner à l'article 1094, devient l'évidence même, lorsque de cet article on rapproche l'article 1098, qui apporte, comme lui, mais pour un cas différent, une limitation à la faculté de disposer entre époux; — Qu'en fixant à une part d'enfant légitime le moins prenant, dans l'hypothèse d'un second mariage, et lorsqu'il existe des enfants nés du premier, le maximum des avantages que le nouveau conjoint pourra recevoir de l'autre époux, cet article exclut, sans équivoque possible, l'enfant naturel du bénéfice de sa disposition, et ne met en présence du second conjoint que les enfants légitimes nés du premier mariage; — Qu'il est inadmissible que l'article 1094, placé au

même chapitre, ne se soit pas inspiré de la même pensée et doive recevoir une intepprétation différente; qu'il règle les droits respectifs du conjoint survivant et des enfants nés du mariage, comme l'article 1098 règle ceux des conjoints et des enfants nés d'un précédent mariage; qu'entre ces deux articles il existe une corrélation étroite, quoiqu'ils prévoient deux hypothèses différentes; et l'enfant naturel ne se trouve pas plus placé dans le premier que dans le second.... »

Cette démonstration nous paraît être, en effet, l'*évidence même!* (Comp. *infra*, n° 559.)

499. — Maintenant, il s'agit de savoir si l'époux, qui veut disposer en faveur de son époux, peut choisir entre l'une ou l'autre de ces deux quotités disponibles, et se placer, à son gré, soit dans l'article 913, soit dans l'article 1094?

Ou, au contraire, s'il ne peut disposer, dans aucun cas, en faveur de son époux que dans les termes de l'article 1094?

Voilà un époux qui n'a qu'un enfant de son mariage.

Il pourrait, d'après l'article 913, disposer, au profit d'un étranger, de la moitié de ses biens en pleine propriété.

Pourra-t-il en disposer au profit de son époux?

Ou ne pourra-t-il disposer, au profit de son époux, d'après l'article 1093, que du quart en propriété et du quart en usufruit, ou de la moitié de tous ses biens en usufruit seulement?

En posant cette question, nous devons dire d'abord que, pendant les quarante premières années, qui suivirent la promulgation du Code, elle n'avait pas, à vrai dire, soulevé de controverse; et l'on s'accordait presque unanimement à considérer que l'époux ne peut, en aucun cas, disposer en faveur de son époux que d'après la quotité fixée par l'article 1094; Grenier, citant un arrêt de la Cour de Nîmes, du 10 juin 1807, qui l'a ainsi décidé, ajoutait *qu'on aurait peine à croire* que la prétention con-

traire eût été élevée, si cet arrêt n'en faisait foi (t. III, n° 286).

Mais, en 1841, cette doctrine fut vivement attaquée par un savant professeur de la Faculté de Toulouse, M. Benech, qui entreprit de démontrer que *l'article* 1094 *n'est, en aucun cas, restrictif de la quotité disponible ordinaire réglée par l'article* 913 ; et il a consacré à cette démonstration presque tout un volume.

Ses arguments principaux sont déduits : 1° *de la raison ou de la philosophie du droit;* 2° *des textes*; 3° *de l'esprit et de l'intention du législateur* (p. 105) :

1° En raison, la qualité d'époux, dans la personne du donataire, n'a pu être considérée par le législateur que sous l'un ou l'autre de ces deux points de vue : ou comme une cause de faveur, ou comme une cause de défiance; dans le premier cas, et s'il y a vu une cause de faveur, il aura dû adopter le système extensif de la quotité disponible ordinaire; dans le second cas, et s'il y a vu une cause de défiance, il aura dû adopter le système restrictif; mais il faut nécessairement que ce soit l'un ou l'autre; on ne saurait, sans l'accuser de la plus grave inconséquence, prétendre qu'il ait en même temps admis l'un et l'autre, et que la qualité d'époux soit, à ses yeux, tantôt une cause de faveur, tantôt une cause de défiance ; de sorte que son système de quotité disponible entre époux serait tout à la fois extensif et restrictif!

Or, la doctrine qui prétend que l'article 1094 règle invariablement la quotité disponible entre époux, accuse le législateur de cette inconséquence!

Comment! l'époux qui aura trois enfants, ou un plus grand nombre, pourra disposer, en faveur de son époux, d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit; tandis qu'il ne pourra disposer que d'un quart en propriété en faveur d'un étranger;

Et quand il n'aura qu'un enfant, il ne pourra donner qu'un quart en propriété et un quart en usufruit à son

époux ; tandis qu'il pourra donner la moitié en propriété à un étranger!

« *Il faudra donc consentir à dire que plus la réserve des* « *enfants sera modique, et plus l'époux sera favorisé. Quand* « *chaque enfant n'aura, à titre de réserve, qu'un quart,* « *qu'un cinquième, qu'un sixième. l'époux pourra recevoir* « *une part plus large ; et quand l'enfant unique aura, pour* « *lui seul, la moitié en propriété à titre de réserve, l'époux* « *sera plus maltraité...; Delvincourt dit, grâce faisant, que* « *cela est* ASSEZ SINGULIER; *nous disons, nous, que cela est* « ABSURDE ! » (P. 161-162.)

Il était donc indispensable que le législateur fît nettement son choix entre les deux systèmes inconciliables, soit de l'extension dans tous les cas, soit de la restriction dans tous les cas, de la quotité disponible entre époux.

Or, tout démontre qu'il a fait prévaloir le système extensif sur le système restrictif.

L'époux n'a-t-il ni ascendants, ni enfants? il peut disposer de la totatité de ses biens en faveur de son époux, comme il pourrait en disposer en faveur d'un étranger.

A-t-il des ascendants seulement? il peut disposer en faveur de son époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et *en outre*, de l'usufruit de la réserve des ascendants.

Enfin, a-t-il des enfants? il peut encore, si ses enfants sont au nombre de deux ou de trois et plus, disposer en faveur de son époux, d'une quotité plus considérable que celle dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger.

Ainsi, dans tous ces cas, la quotité disponible en faveur de l'époux, très-souvent supérieure à la quotité disponible en faveur d'un étranger, n'y est jamais inférieure.

Et on voudrait qu'elle y fût inférieure dans un cas unique, à savoir : lorsque l'époux disposant n'a qu'un seul enfant, c'est-à-dire précisément dans le cas où l'enfant a la réserve la plus considérable!

Ne serait-ce pas *monstrueux!*

2° Aussi, le texte même témoigne-t-il que le législateur n'a voulu offrir qu'une alternative, au choix de l'époux, entre la quotité disponible ordinaire de l'article 913 et la quotité disponible spéciale de l'article 1094.

« *L'époux* POURRA.... » dit cet article.

La formule est seulement *facultative*, *permissive;* et cela est d'autant plus notable, que le législateur, dans un cas tout à fait pareil, s'est exprimé autrement; et qu'il a employé une formule *prohibitive et coercitive*, quant il a voulu renfermer la quotité disponible dans des limites fixes et infranchissables (comp. 913 et 1098).

3° Enfin, Benech invoque l'intention du législateur.

« Il est certain, dit-il, que, d'après le projet primitif, l'article 1094 a été conçu dans un esprit de faveur pour l'époux et enfin d'étendre, à son profit, la quotité disponible ordinaire. »

En effet, l'article 16 du projet de l'an VIII, auquel correspond l'article 913 du Code, fixait invariablement au quart des biens, la quotité disponible ordinaire de celui qui avait un ou plusieurs enfants, qu'el qu'en fût le nombre;

Or, au contraire, l'article 151 du même projet, auquel correspond l'article 1094 du Code, fixait, pour le même cas, la quotité disponible entre époux, au quart en propriété et au quart en usufruit, ou à la moitié des biens en usufruit;

Donc, c'était bien le système extensif, qui était consacré par l'article 151 du projet, que l'article 1094 a reproduit.

Il est vrai que l'article 16 a été ensuite modifié et que la quotité disponible, au lieu de demeurer invariable, a été déterminée en raison du nombre des enfants.

Mais l'article 151 est toujours resté le même, sans aucun changement de rédaction, si ce n'est la substitution *essentiellement inoffensive*, du mot *pourra* au mot *peut*, qui était dans le projet.

Et, par conséquent, l'article 1094, qui n'est autre que

cet article 151, a été maintenu dans le même esprit qui l'avait inspiré d'abord, c'est-à-dire dans un esprit de faveur pour l'époux, et afin que la quotité disponible, à son profit, qui serait toujours égale à la quotité disponible au profit d'un étranger, fût même, dans la plupart des cas, supérieure à cette quotité.

Voilà bien ce que déclarait M. Berlier, dans la discussion de l'article 176 du projet, auquel correspond l'article 1098 du Code; l'article du projet portait que l'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un premier lit, contracterait un second et subséquent mariage, ne pourrait donner à son nouvel époux *qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et en usufruit seulement.*

Le consul Cambacérès fit observer qu'on pourrait lui permettre de donner une part d'enfant *en toute propriété* à son nouvel époux.

Et M. Berlier ajouta « que, en accordant au nouvel « époux la faculté de recevoir une part d'enfant, même en « propriété, ce qui est raisonnable, il est peut-être con« venable de modifier cette règle; *car, s'il n'y avait qu'un « enfant ou deux du premier mariage et point du second, « le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir « la moitié ou le tiers de la succession.* » (Fenet, t. XI, p. 416, 417.)

« Or, s'écrie M. Benech, si, le 27 ventôse an XI, trente-six jours après l'adoption du principe de l'article 913, et quelques instants après l'adoption de l'article 1094, M. Berlier déclare qu'il faut limiter la part dont le nouvel époux pourra être gratifié, parce que, sans cette limitation, il pourrait, dans le cas où il n'y a qu'un ou deux enfants du mariage précédent, recevoir la moitié ou le tiers de la succession, c'est qu'il reconnaissait que, dans le même cas, l'époux du premier lit aurait pu être gratifié de la même quotité (p. 125, 126).

Telle est la doctrine de notre regretté collègue.

L'érudition incontestable, la vive ardeur surtout, et

nous pourrions dire la passion convaincue, avec lesquelles il la défendit, firent une véritable sensation; et ce ne fut certes pas un succès de médiocre importance pour l'auteur, que d'avoir conquis à sa thèse plusieurs adhésions de l'autorité la plus imposante.

M. Valette lui prêta le secours de cette puissance de dialectique, que chacun de nous connaît, en ajoutant qu'elle était enseignée à la Faculté de Paris par Demante, et qu'elle le serait à l'avenir aussi par Duranton, qui s'y ralliait, après avoir enseigné, pendant plus de vingt ans, la doctrine contraire (le *Droit*, du 11 mars 1846);

Et M. Aubry, en écrivant à l'auteur qu'il avait toujours enseigné *que l'article* 1094 *n'a pas pour objet de restreindre le disponible du droit commun*, déclara qu'il considère l'opinion contraire comme *insoutenable* (Benech, p. 184; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 609; Boutry, nos 407 et suiv.; Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 443, 444).

500.—La thèse de M. Benech, pourtant, n'a pas réussi; la vérité est même que l'ancienne doctrine, qu'elle tendait à renverser, n'en est devenue que plus ferme, après avoir triomphé de ce rude assaut; aussi, peut-on la considérer désormais comme inébranlable.

Et c'est justement, suivant nous :

1° Il nous paraît d'abord impossible de ne pas reconnaître que, dans le chapitre IX, qu'il a intitulé : *Des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage*, le législateur de notre Code a voulu régler, d'une manière spéciale et complète, tout ce qui concerne cette matière des dispositions entre époux; tel est, en effet, le double caractère de ce chapitre qu'il est, tout à la fois, *spécial* et *complet*. Qu'il soit spécial, c'est ce qui résulte, en même temps que de son titre, du texte des articles qui le composent :—et de l'article 1091, qui porte que les époux pourront se faire telles donations, qu'ils jugeront à propos, *sous les modifications ci-après exprimées*;—et de l'article 1099, d'après lequel les époux

ne pourront se donner indirectement au delà de *ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus;* nous ne saurions concéder à Benech (p. 157), ni à notre honorable collègue, M. Boutry (n° 414), que cet argument, déduit de l'article 1099, ne soit *qu'une pure pétition de principe;* il est, au contraire, suivant nous, concluant, parce qu'il témoigne, par son rapprochement avec les autres articles, de *la spécialité* de notre chapitre. Ce qui en témoigne encore visiblement, c'est que ce chapitre est complet; c'est que toutes les situations y sont prévues et réglées : que l'époux disposant n'ait ni ascendants, ni enfants; qu'il n'ait que des ascendants ; qu'il ait des enfants de son mariage avec l'époux gratifié; qu'il ait des enfants d'un précédent mariage; on trouvera toujours, dans notre chapitre, la règle à suivre, sans qu'il y ait jamais lieu d'en sortir pour chercher aucun autre texte ailleurs!

Voilà, s'il est permis de dire ainsi, la première impression qui résulte de la simple lecture du chapitre IX.

Et cette impression est la vraie! aussi, en examinant les trois arguments invoqués par Benech, nous allons voir que, bien loin de la détruire, ils ne font que la confirmer.

2° En ce qui concerne ce que Benech appelle *la philosophie du droit*, c'est-à-dire l'argument qu'il déduit de la raison philosophique de la loi, nous y avons déjà, par avance, répondu (*supra*, n°s 488, 489); et cet argument, qui peut paraître spécieux, n'est, au fond, nullement décisif. C'est que, en effet, le législateur, dans le règlement de la quotité disponible spéciale de l'article 1094, s'est placé à un autre point de vue que dans le règlement de la quotité disponible ordinaire de l'article 913 ; tandis que pour celle-ci, il ne considère que l'intérêt des enfants, auxquels il attribue la réserve, sans s'occuper de l'étranger qui sera gratifié de la quotité disponible, il tient compte, au contraire, pour l'autre, de la qualité de l'époux gratifié et du lien qui l'unit au disposant; et, en

conséquence, il se propose, en même temps, ce double but : de permettre à l'époux de pourvoir aux besoins de son époux et de lui assurer, dans tous les cas, une existence convenable ; mais aussi de lui interdire les libéralités excessives, qui iraient au delà de cette limite. Voilà comment, sans aucune contradiction, le système de la quotité disponible entre époux est tout à la fois extensif et restrictif; et c'est ce qui explique aussi pourquoi, à la différence de la quotité disponible ordinaire, qui varie en raison du nombre des enfants, la quotité disponible entre époux est invariable; car les besoins de l'époux, qu'elle est destinée à satisfaire, sont indépendants du nombre des enfants.

On objecte que cette différence ne se produit que dans un cas unique, lorsqu'il n'y a qu'un seul enfant, et que ce cas étant celui où la réserve de l'enfant est *la plus forte*, il est impossible de comprendre que ce cas soit aussi précisément celui où la quotité disponible en faveur de l'époux soit la *plus faible,* et qu'elle soit, dans ce cas unique, inférieure à la quotité disponible en faveur d'un étranger.

Mais nous répondons que, si ce cas est celui où la réserve de l'enfant est la plus forte, il est précisément celui où la quotité disponible, en faveur d'un étranger, est aussi la plus forte! et il nous paraît facile de comprendre pourquoi le législateur a restreint cette quotité, relativement aux dispositions entre époux; Delvincourt, empruntant un passage de Vinnius (*Inst.*, lib. II, tit. VIII), en a fourni ce premier motif, qui est très-juste : *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat ;* on n'a pas à craindre, en effet, le plus souvent que le père ou la mère de cet enfant unique dispose, à son préjudice, en faveur d'un étranger, de la moitié de ses biens, en pleine propriété; tandis qu'il pourrait arriver, trop souvent, qu'il en disposât en faveur de son époux. Ajoutons que l'existence même de cet unique enfant peut faire présumer, en général, que le mariage n'a pas eu une longue

durée, et que l'époux survivant est jeune encore; et la crainte, alors très-sérieuse aussi, que l'on peut concevoir, c'est que les libéralités, qu'il aura reçues de son époux, ne servent de dot à un nouveau mariage!

3° Aussi, le texte nous paraît-il démontrer que les auteurs de notre Code ont déterminé, en effet, d'une manière invariable, la quotité disponible entre époux.

Il est vrai que l'article 1094 n'est pas rédigé dans les mêmes termes que les articles 913 et 1098; il ne dit pas que l'époux *ne pourra disposer* que de la portion qu'il détermine; il dit seulement que l'époux *pourra disposer* de cette portion.

Mais cette formule nous paraît être elle-même, en réalité, tout aussi prohibitive que l'autre!

Déclarer que l'époux pourra disposer jusqu'à une certaine limite, n'est-ce pas déclarer, implicitement, il est vrai, mais nécessairement, qu'il ne pourra disposer au delà de cette limite? n'oublions pas que cet article se trouve dans un chapitre qui a pour objet de régler, spécialement et complétement, la quotité disponible entre époux, et qui trouve sa sanction dans l'article 1099.

Notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre (t. IV, n° 274 *bis*, IV), a d'ailleurs aussi, fort justement, remarqué que la formule : *ne pourra*, dans l'article 1094, aurait pu soulever elle-même une objection du même genre, en sens inverse, que celle dont la rédaction actuelle est devenue l'occasion. De même, en effet, que l'on prétend aujourd'hui que la formule facultative : *pourra*, détermine le *minimum* de la quotité disponible entre époux, et que ce *minimum* peut toujours être dépassé en vertu de l'article 913, quand la quotité disponible ordinaire est plus forte; de même on aurait pu prétendre que la formule prohibitive : *ne pourra*, déterminait le *maximum* de la quotité disponible entre époux, et que ce *maximum* ne pourrait jamais être dépassé, en vertu de l'article 913, quand la quotité disponible ordinaire serait plus forte;

c'est-à-dire que la difficulté, au lieu d'être résolue, n'aurait été que déplacée !

4° Nous arrivons enfin à l'argument, que Benech a déduit de l'historique des travaux préparatoires, et sur lequel il a principalement fondé sa doctrine.

Eh bien ! encore sur ce terrain, nous croyons pouvoir prouver que les moyens mêmes que le savant jurisconsulte a invoqués, se retournent contre lui.

Deux règles capitales étaient posées d'abord dans le projet de Code civil de l'an VIII :

D'une part, la quotité disponible était toujours invariable ;

D'autre part, la quotité disponible en usufruit était toujours égale à la quotité disponible en propriété.

La première règle était écrite dans l'article 16 :

« Les donations, soit entre-vifs, soit à cause de mort, « ne peuvent excéder :

« Le quart des biens du donateur, s'il laisse, à son « décès, des enfants ou descendants ;

« La moitié, s'il laisse des ascendants, ou des frères « et sœurs, ou des descendants des frères et sœurs ;

« Les trois quarts, s'il laisse des oncles ou des grands- « oncles, ou des cousins germains.... »

La seconde règle se trouvait dans l'article 17 :

« La donation en usufruit ne peut excéder la quotité « dont on peut disposer en propriété ; en sorte que le don « d'un usufruit ou d'une pension est réductible au quart, « à la moitié, ou aux trois quarts du revenu total du dona- « teur, dans les cas ci-dessus exprimés ;

« Sans préjudice néanmoins de ce qui est réglé à « l'égard des époux. » (Fenet, t. I, p. 570, 571.)

Et, à l'égard des époux, l'article 151 du projet appliquait la double règle, qui formait, dans ce système, le droit commun ; à savoir : l'invariabilité de la quotité disponible et l'égalité du disponible en usufruit et du disponible en propriété.

Nous n'avons pas à rappeler les termes de cet article 151 ; car notre Code les a littéralement reproduits dans l'article 1094 (Fenet, t. I, p. 592).

Ainsi, dans sa rédaction primitive, et d'après la pensée essentielle qui l'avait inspirée, il est certain que l'article 151 du projet, qui est aujourd'hui l'article 1094, déterminait une quotité disponible invariable, et indépendante du nombre des enfants ;

Or, le texte de cet article est toujours demeuré le même, sauf la substitution insignifiante du mot : *pourra,* au mot *peut,* qui se trouvait dans l'article 151 du projet ;

Donc il est demeuré nécessairement avec le même sens qu'il avait dans le projet.

Il est vrai que les articles 16 et 17 du projet ont été changés.

D'une part, la quotité disponible ordinaire, lorsque le disposant a des enfants, a été graduée d'après leur nombre ; et elle est devenue de la moitié, au lieu du quart, lorsqu'il n'y a qu'un enfant (art. 913) ;

D'autre part, la quotité disponible ordinaire en usufruit n'a pas été renfermée dans les mêmes limites que la quoitité disponible en propriété ; et un système différent de celui de l'article 17 du projet, a été consacré dans l'article 917 du Code.

Oui ! cela est vrai des articles 16 et 17, qui sont nos articles 913 et 917.

Mais rien de pareil ne s'est fait sur l'article 151, qui est notre article 1094, et qui est entré dans notre Code, absolument tel qu'il était dans le projet !

On se récrie que, par suite de la relation et de la connexité qui existaient entre l'article 16 et l'article 151 du projet, les changements apportés à l'un ont dû nécessairement réagir sur l'autre ; et que l'article 151 dans sa rédaction primitive, comparée à l'article 16, avait pour but d'augmenter, en faveur de l'époux, la quotité disponible ordinaire :

Le législateur, dit-on, a toujours voulu que l'époux

pût recevoir en propriété tout ce qu'un étranger pourrait recevoir, et, en outre, une certaine portion d'usufruit; c'est ainsi que l'époux, ayant des enfants, qui ne pouvait, d'après l'article 16 du projet, disposer que d'un quart en propriété au profit d'un étranger, pouvait disposer, au profit de son époux, de ce quart en propriété, et, en outre, d'un quart en usufruit;

Or, l'article 16 ayant été changé, et la quotité disponible ordinaire en propriété, au profit d'un étranger, ayant été augmentée, la conséquence a dû en être que l'époux lui-même profiterait de cette augmentation, puisque le système du législateur était que tout ce qu'un étranger pourrait recevoir en propriété, l'époux pourrait toujours aussi le recevoir (Benech, p. 155).

Eh bien ! cette déduction nous paraît doublement inexacte; et nous allons le démontrer par deux réponses: l'une rationnelle; l'autre, historique.

Rationnellement d'abord, on ne saurait prétendre qu'il résultait de l'article 151 du projet que le législateur s'engageait d'avance à faire profiter l'époux de toutes les augmentations, quelles qu'elles fussent, qui pourraient être apportées à la quotité disponible ordinaire au profit d'un étranger; ce qui en résultait uniquement, c'est que l'époux pouvait profiter de la quotité disponible ordinaire en propriété, *telle qu'elle était fixée par l'article* 16. Mais rien n'autorise à conclure du texte de l'article 151, que l'époux pourrait profiter toujours de la quotité disponible ordinaire en propriété, *telle qu'elle pourrait être fixée, plus tard, par des dispositions encore ignorées!* et ceci pourrait même expliquer pourquoi le second alinéa de l'article 151 du projet ne portait pas, comme le premier alinéa, que l'époux, ayant des enfants, *pourrait disposer en propriété, en faveur de son époux, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger;* cela était vrai pourtant d'après le projet, puisque, d'après l'article 16, la quotité dont celui qui avait des enfants, pouvait disposer, en propriété, en

faveur d'un étranger, était toujours d'un quart; si donc on n'avait pas employé la même formule, c'est vraisemblablement que l'on n'avait pas voulu poser en principe que la quotité disponible en propriété de celui qui a des enfants, devrait être toujours la même en faveur de son époux qu'en faveur d'un étranger.

Et la preuve en est historiquement démontrée par les travaux préparatoires eux-mêmes.

Que fait la section de Législation du Tribunat, lorsque l'article 151 du projet lui est officieusement communiqué, après les modifications, qui avaient été apportées aux articles 16 et 17?

Oh! ceci est très-remarquable!

Voici son observation :

« *Dans le cas où il y aurait des enfants, la section pense* « *qu'il est juste qu'un époux puisse donner à l'autre tout ce* « *dont il pourrait disposer en propriété, c'est-à-dire autant* « *qu'il pourrait donner à un étranger, ou la moitié de ses* « *biens en usufruit.* » (Fenet, t. XII, p. 467.)

Ainsi, la section du Tribunat demandait précisément que l'on admît la théorie de Benech; et c'est pour la faire consacrer, qu'elle proposait, en effet, que le texte fût changé! donc, elle reconnaissait que le texte, tel qu'il était, ne consacrait pas cette théorie.

Or, le texte est resté le même; et le conseil d'État n'a pas voulu admettre d'amendement!

C'est en vain que Benech essaye d'échapper à cette preuve, en objectant que la section du Tribunat demandait seulement une rédaction nouvelle, pour faire dire plus clairement à l'article 151, ce que d'ailleurs il disait déjà; *et que ce n'était là qu'une question de mots et non de choses* (p. 135, 136).

On vient de voir les termes mêmes de l'observation de la section du Tribunat, et qu'elle portait, au contraire, très-positivement, sur le fond même des choses!

Aussi, lorsque ensuite, après le maintien définitif du

texte de l'article 151, le projet est officiellement communiqué au Tribunat, le rapporteur, M. Jaubert, déclare que « *s'il reste des enfants, l'époux survivant* NE PEUT AVOIR *que un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous les biens en usufruit seulement; et que si la disposition avait excédé ces bornes, elle serait réduite proportionnellement.* (Fenet, t. XII, p. 621).

M. Bigot-Préameneu, dans l'*Exposé des motifs*, au Corps législatif, s'exprime dans les mêmes termes. (Fenet, *loc. supra*, p. 572, 573).

Ces déclarations, certes, suffisent bien, après la démonstration qui précède, pour écarter l'autorité des paroles que M. Berlier a prononcées incidemment sur l'article 1098, à l'occasion d'un sujet étranger à l'article 1094; ces paroles étaient évidemment inexactes; et M. Boutry reproche, suivant nous, très-justement à Marcadé d'avoir entrepris de les justifier (n° 422, p. 405).

Nous concluons donc que l'article 1094 détermine, entre les époux, une quotité disponible spéciale, toujours invariable.

Voilà notre thèse; et si nous y avons consacré ces développements, ce n'est pas seulement en raison de l'importance de la conclusion; c'est aussi parce que cette démonstration a mis en scène plusieurs règles essentielles, dont nous aurons à déduire bientôt d'autres conséquences encore.

Il est, pourtant, malgré ces développements, une objection de Benech, dont nous n'avons rien dit; c'est celle qu'il a déduite de l'article 902, pour soutenir que l'époux n'avait été déclaré, par aucun texte, *incapable* de recevoir de son époux la quotité disponible ordinaire de l'article 913.

Eh ! sans doute; mais il ne s'agit pas d'*incapacité*, il s'agit d'*indisponibilité;* la règle n'est pas dans l'article 902; elle est dans l'article 1094 ! (Comp. Nîmes, 10 juin 1807, Sirey, 1807, II, 1156; Riom, 8 mars 1842, Découzon, Dev., 1842, II, 254; Montpellier, 8 fév. 1843,

Molinier, Dev., 1843, II, 220; Cass., 3 déc. 1845, Molinier, Dev., 1845, I, 277; et l'intéressant rapport de M. le conseiller Faure, *h. l.;* Delvincourt, t. II, p. 65; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 355; Guilhon, n° 259; Poujol, art. 1094, n° 4; Toullier, t. III, n° 869; Grenier, t. III, n° 259; Durauton, t. IX, n° 793; Rolland de Villargues, v° *Portion disponible*, n° 149; Vazeille, art. 1094, n° 6; Coin-Delisle, art. 1094, n° 5; Marcadé, art. 1094, et *Revue crit. de Jurisprud.*, 1852, t. II, p. 522; Troplong, t. IV, n°s 2259 et suiv.; Demante, t. IV, n° 274; et Colmet de Santerre, n° 274 *bis*, I à VI; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 138, 139; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1967; Bonnet, t. III, n°s 1035-1038.)

501. — L'article 1094 autorise donc l'époux qui a des enfants, à donner à son époux, *ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement.*

On s'est étonné de cette alternative; n'est-il pas étrange que la loi permette *le moins*, après avoir d'abord permis *le plus!* Il était évident que celui qui peut donner le quart en propriété et le quart en usufruit, pourrait à plus forte raison, donner la moitié en usufruit seulement! et comme cette formule du texte paraissait, en effet, à quelques-uns très-étrange, on en est venu à mettre en question si ces mots de la première partie de l'alternative : *le quart en propriété*, ne devaient pas s'entendre seulement *du quart en nue propriété;* on ajoutait, à l'appui de cette interprétation, que le mot : *propriété*, employé, par opposition, au mot : *usufruit*, ne se doit entendre que de la nue propriété.

Mais, à supposer même, avec Duranton (t. IX, n° 798), et MM. Aubry et Rau (t. V, p. 608), que cette objection puisse être considérée comme *spécieuse* et *plausible*, nul ne s'y est arrêté sérieusement; et la vérité est qu'elle est tout à fait inadmissible; à ce point que M. Troplong la qualifie d'*absurde!* (T. IV, n° 2567.)

Il est certain, en effet, que dans le premier alinéa de l'article 1094, le mot : *propriété*, doit s'entendre de la pleine propriété.

Or, on ne saurait admettre que le législateur ait attaché à ce même mot, en l'employant dans le même article, deux acceptions différentes ! ajoutons que si le mot : *propriété*, opposé au mot : *usufruit*, s'entend de la nue propriété seulement, c'est lorsque les deux mots portent à la fois sur le même bien; ce qui n'arrive pas ici, puisque la propriété porte sur un quart et l'usufruit sur un autre quart.

Il n'y a d'ailleurs rien de contradictoire dans cette alternative, que la loi offre à l'époux; il ne s'agit pas *de plus* ni *de moins;* il s'agit d'*autre chose!*

L'article 1094 n'établit pas une seule quotité disponible, qu'il déclarerait d'abord plus forte, et ensuite plus faible; ce qui serait, en effet, inexplicable! l'article 1094 établit deux quotités disponibles différentes : l'une, pour partie en propriété, et pour partie en usufruit; l'autre, tout entière, en usufruit seulement (comp. Bruxelles, 21 juillet 1810, Sirey, 1811, II, 335).

Nous allons voir que cette distinction est capitale et qu'elle seule peut fournir la solution des difficultés, qui se sont élevées sur ce point.

502. — On a demandé, par exemple, si l'article 917 est applicable à la quotité disponible de l'article 1094.

Voilà un époux, ayant des enfants, qui a donné, à son époux, l'usufruit des trois quarts ou même de la totalité de ses biens.

Les enfants sont-ils tenus, en vertu de l'article 917, d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon du quart en propriété, et du quart en usufruit?

Ou, au contraire, peuvent-ils demander, purement et simplement, la réduction de la disposition à la moitié des biens en usufruit seulement, sans être tenus de faire aucun abandon de propriété ?

La question est controversée ; et des autorités considérables décident que l'article 917 est applicable.

Mais nous n'hésitons pas à penser, au contraire, qu'il faut en écarter complétement l'application; et que les enfants ont le droit de faire purement et simplement réduire l'usufruit de l'époux donataire à la moitié des biens :

1° Il y en a une raison historique, qui serait, à elle seule, décisive.

L'article 151 du projet de l'an VIII (que l'article 1094 reproduit textuellement), faisait, comme nous l'avons dit, à la quotité disponible entre époux, l'application de la double règle, qui avait été consacrée, pour la quotité disponible ordinaire dans les articles 16 et 17, à savoir : l'invariabilité de la quotité disponible, indépendamment du nombre des réservataires; et l'égalité du disponible en usufruit et du disponible en propriété (*supra*, n° 499);

Or, dans le système du projet, cette seconde règle était incompatible avec le procédé qui a été, depuis, admis par l'article 917; la quotité disponible en usufruit étant fixée, elle-même, d'une manière principale et distincte, le mode de réduction des dispositions en usufruit était très-simple; d'après le projet, il n'y avait qu'à les réduire dans les limites de la quotité disponible en propriété, sur laquelle était alors, pour ainsi dire, calquée la quotité disponible en usufruit; et voilà bien ce que portait l'article 17, qui, après avoir décidé que *la donation en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété*, en déduisait cette conséquence toute simple, en effet, que *le don d'un usufruit ou d'une pension est réductible au quart, à la moitié, ou aux trois quarts du revenu total du donateur*, c'est-à-dire à la même quotité dont le donateur pouvait disposer en propriété; aussi n'existait-il, dans le projet de l'an VIII, aucune disposition pareille à celle de notre article 917; et ce n'est qu'a-

près la suppression de l'article 17 du projet, que la disposition qui forme aujourd'hui l'article 917 du Code, a été établie; on la conçoit sans doute, cette disposition, dans un système qui ne fixe la quotité disponible qu'en propriété seulement, sans s'occuper de la quotité disponible en usufruit; le choix qu'on offre alors aux réservataires soit d'exécuter la disposition en usufruit, qui dépasse la quotité disponible en propriété, soit d'abandonner toute la quotité disponible en propriété, ce choix n'a rien d'excessif; et il présente l'avantage de prévenir la nécessité d'évaluations toujours incertaines; mais, évidemment un tel système suppose que le législateur n'a pas lui-même fixé la quotité disponible en usufruit, ni un rapport quelconque de valeur entre le disponible en usufruit et le disponible en propriété.

Et tel est, en effet, le système de notre Code, relativement à la quotité disponible ordinaire en faveur des étrangers (art. 913, 915).

Mais, au contraire, tel n'est pas du tout son système relativement à la quotité disponible entre époux.

Notre Code, au contraire, relativement à la quotité disponible entre époux, a conservé textuellement l'article 151 du projet de l'an VIII;

Or, cet article fixait la quotité disponible en usufruit d'une manière principale et distincte de la quotité disponible en propriété;

Donc, il est, dans le Code, comme il était dans le projet de l'an VIII, radicalement exclusif du procédé de l'article 917!

C'est le même argument, que nous avons présenté pour établir que l'article 1094 fixe, d'une manière invariable, la quotité disponible entre époux; le même argument, et aussi décisif!

En effet, l'article 151 du projet de l'an VIII consacrait, en même temps, cette double règle de l'invariabilité de

la quotité disponible, et de l'égalité du disponible en propriété et du disponible en usufruit;

Or, cet article 151 est aujourd'hui, mot pour mot, notre article 1094;

De même donc que le remplacement de l'article 16 du projet, qui consacrait l'invariabilité de la quotité disponible ordinaire, par l'article 913, qui y a substitué la *variabilité*, en raison du nombre des enfants, n'a pas rendu variable la quotité disponible entre époux, dans l'article 1094;

De même, le remplacement de l'article 17, qui fixait à la même mesure la quotité disponible en usufruit et la quotité disponible en propriété, par l'article 917, qui établit un système tout autre, n'a pas empêché que l'article 1094 ne fixât lui-même, toujours d'une manière distincte, les deux espèces de quotités disponibles.

Les deux solutions se lient étroitement l'une à l'autre.

Aussi, trouvons-nous très-conséquents avec eux-mêmes ceux qui, après avoir décidé que l'article 913 est applicable à la quotité disponible entre époux, décident ensuite que l'article 917 y est également applicable; et Benech n'y a pas manqué (p. 436-445; ajout. Boutry, nos 427, 428).

Mais nous ne saurions en dire autant de quelques autres jurisconsultes, qui, tout en décidant que l'article 913 est applicable à la quotité disponible entre époux, refusent d'y appliquer l'article 917! (Comp. Dalloz, *Rec. alph., h. v.*, n° 815; Rolland de Villargues, v° *Portion disponible*, n° 279; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 610, 611.)

2° La disposition du second alinéa de l'article 1094 est, disons-nous, inconciliable avec l'article 917; et cela nous paraît d'évidence! Que deviendrait, en effet, l'alternative que la loi établit entre ces deux quotités disponibles différentes : l'une, du quart en propriété et du quart en usufruit; et l'autre, de la moitié en usufruit seu-

lement; que deviendrait-elle, si l'époux donataire d'un usufruit supérieur à la moitié, avait le droit d'obtenir le quart en propriété et le quart en usufruit, dans le cas où les enfants voudraient réduire à la moitié l'usufruit donné? il est clair que ces mots de notre article : *ou de la moitié en usufruit seulement* seraient dépourvus de sens, et que l'alternative disparaîtrait absolument!

3° Mais on s'étonne de cette différence entre l'époux et l'étranger; comment! la disposition excessive en usufruit faite au profit d'un étranger, est convertie en une disposition de la propriété de la quotité disponible; et le bénéfice de cette conversion serait refusé à l'époux, donataire de son époux, c'est-à-dire au donataire le plus favorable entre tous les autres, à celui qui n'est pas seulement le conjoint du disposant, mais qui est aussi le père ou la mère des enfants qu'il laisse, et auxquels la propriété, qui serait attribuée au survivant, reviendrait un jour dans sa succession! (Comp. Benech, p. 440.)

Nous avons déjà répondu que le législateur, dans le règlement de la quotité disponible entre époux, a dû se placer à un point de vue différent de celui sous lequel il a envisagé la quotité disponible ordinaire, et que des considérations d'un autre ordre, des considérations morales et domestiques, dominent particulièrement ce sujet.

Il en est deux surtout, que nous devons signaler.

C'est, d'une part, que l'époux qui dispose au profit de son époux, a très-souvent la volonté fermement arrêtée de ne faire ses libéralités qu'en usufruit, et qu'il ne consentirait, à aucun prix, à les faire en propriété;

C'est, d'autre part, que par cela même qu'il ne les fait qu'en usufruit, il est aussi porté très-souvent à les étendre au delà des justes limites, en ne laissant pas à ses enfants une somme suffisante de revenus.

Eh bien! le législateur a dû tenir compte de ces deux avertissements, que la connaissance du cœur humain et

l'observation des faits sociaux avaient dès longtemps révélés.

Voilà pourquoi d'abord il n'a pas voulu que les dispositions que l'époux n'avait faites qu'en usufruit, pussent être converties en propriété. Que le procédé de l'article 917 soit logique et équitable, à l'égard des donataires ou des légataires étrangers, nous le croyons; et nous avons même, pour notre part, tout spécialement, entrepris de le démontrer (comp. le tome II de ce *Traité*, n[os] 437 et suiv.).

Mais il n'en serait pas ainsi, à l'égard de l'époux; l'affection conjugale, qui est l'une des plus vives sans doute, est fort souvent, par l'effet de sa vivacité même, mêlée et, pour ainsi dire, traversée de beaucoup de sentiments divers; la crainte d'un nouveau mariage de celui qui doit survivre, jette presque toujours dans l'âme de celui qui doit mourir le premier, des préoccupations inquiètes et jalouses, et parfois même de douloureux pressentiments; de là, souvent, le caractère viager de ses dispositions en faveur de son conjoint, afin que les biens, qui en seront l'objet, ne soient pas transmis à une famille étrangère, et ne deviennent pas eux-mêmes peut-être l'objet d'une donation à un nouvel époux!

Il était donc impossible de dénaturer le caractère d'une telle disposition.

Mais en même temps, le législateur n'a pas voulu permettre que ces dispositions en usufruit, par l'un des époux en faveur de l'autre, excédassent certaines limites, et que les enfants fussent privés de la somme de revenus, qu'il est aussi convenable de leur assurer... *filiis forte fame peremptis* (*Nov.* XVIII, cap. III; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 436); et il a limité les dispositions, en usufruit, à la moitié des biens seulement, déclarant, par cela même, virtuellement réductibles, jusqu'à concurrence de moitié, les dispositions qui l'auront dépassée; afin de proscrire toute combinaison, par suite de laquelle

l'époux entreprendrait de remplacer par une fraction quelconque d'usufruit, supérieure à la moitié des biens, le quart en propriété qu'il pouvait donner et qu'il n'aurait pas donné.

Tels sont les motifs, qui nous persuadent que le procédé de l'article 917 n'est pas applicable à la disposition entre époux, qui est réglée par l'article 1094 (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 462; ajout. Caen, 14 mars 1862, Brionne, Dev., 1862, II, 361 ; Coin-Delisle, art. 1094, n° 8 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*, VI ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1971 ; Bonnet, t. III, n° 1040).

503. — L'article 1094 ne mentionne que les dispositions *d'usufruit ;*

Tandis que l'article 917, au contraire, mentionne en même temps les dispositions *de rente viagère.*

Et pourtant, il se peut que l'époux ait disposé, en faveur de son époux, soit d'une rente viagère seulement, soit à la fois d'une rente viagère et de l'usufruit de certains biens, de son mobilier, par exemple.

Que faudra-t-il décider, si les enfants prétendent que la rente viagère excède la quotité disponible?

Dans quels cas la rente devra-t-elle être considérée comme excessive?—et si elle est reconnue telle, de quelle manière devra-t-elle être réduite?

Cette question peut paraître délicate; et elle a fait naître plusieurs opinions :

1° Il en est une d'abord, qui enseigne que l'article 917 doit être appliqué; c'est-à-dire que si les enfants refusent d'exécuter la disposition, ils doivent abandonner à l'époux la quotité disponible la plus forte qui pouvait lui être donnée, soit le quart en propriété et le quart en usufruit.

Que cette opinion soit celle des jurisconsultes qui appliquent l'article 917 aux dispositions d'usufruit entre époux, lorsqu'elles excèdent la moitié des biens, cela est tout simple! (Comp. *supra*, n° 502; Benech, p. 335; Boutry, n° 427.)

2° Mais elle est adoptée, en ce qui concerne les dispositions de rente viagère, même par ceux qui refusent d'appliquer l'article 917 aux dispositions d'usufruit; et cette doctrine, mixte en quelque sorte, appuie sa distinction sur ce double motif :

D'une part, l'article 1094 règle spécialement la quotité disponible en usufruit entre époux, et il ne règle pas de même la quotité disponible en rente viagère; ce qui rend, en conséquence, applicable à cette dernière espèce de disposition l'article 917 qui forme le droit commun;

D'autre part, il y a une grande différence entre l'usufruit et la rente viagère ; et si, par exemple, un époux a des biens d'un revenu de 4000 francs, ce n'est pas du tout la même chose, qu'il donne à son époux l'usufruit de la moitié de ses biens ou qu'il lui donne une rente viagère de 2000 francs. L'époux est-il donataire d'un usufruit? pour lui d'abord toutes les charges usufructuaires, et pour lui, de même, toutes les chances de diminution ou de perte qui peuvent atteindre soit la jouissance, soit même le fonds (art. 578, 617); tandis que, s'il est donataire d'une rente viagère de 2000 francs, le voilà purement et simplement créancier d'une somme invariable, que les enfants, débiteurs personnels, devront toujours payer, lors même que les revenus seraient insuffisants pour y satisfaire ou que les biens eux-mêmes auraient péri; il faudrait donc, dans ce dernier cas, pour savoir si la rente viagère excède la quotité disponible, procéder à une évaluation de cette rente dans ses rapports avec la quotité disponible; or, c'est précisément cette évaluation que l'article 917 a voulu prévenir; donc, il faut l'appliquer dans ce cas (comp. Proudhon, *de l'Usufruit*, t. I, n° 345; Coin-Delisle, art. 1094, n° 9).

3° D'après une troisième opinion, l'article 917 n'est pas plus applicable aux dispositions de rente viagère qu'aux dispositions d'usufruit entre époux; et le procédé

tout différent, qu'elle propose, consiste à faire une estimation de la rente viagère, et à la réduire par comparaison, à la quotité disponible la plus forte, soit au quart en propriété et au quart en usufruit, mais en lui conservant toujours son caractère viager, afin de respecter les intentions du disposant (comp. Rouen, 8 avril 1853, Papegay, Dev., 1855, II, 756; Troplong, t. IV, n°s 2573, 2574; Bonnet, t. IV, n°s 1041, 1042).

4° Enfin, la quatrième opinion, que nous croyons devoir proposer, enseigne qu'il faut appliquer à la disposition en rente viagère, ce que l'article 1094 décide de la disposition en usufruit; c'est-à-dire, que la rente viagère doit être elle-même réduite, jusqu'à concurrence de la moitié des revenus des biens, sans qu'il y ait lieu de procéder à aucune estimation.

D'abord, que l'article 917 doive être complétement écarté, cela est, à notre avis, certain ; et nous avons peine à comprendre la doctrine qui, en refusant de l'appliquer aux dispositions d'usufruit, consent à l'appliquer aux dispositions de rente viagère! Le législateur a distingué, en matière de quotité disponible, deux sortes de libéralités : celles qui ont un caractère *perpétuel*; et celles qui ont un caractère *viager*; et toutes celles-ci, il les a soumises également à l'article 917; or, dès qu'il est admis que l'article 1094 s'oppose à l'application de l'article 917, en ce qui concerne les dispositions d'usufruit entre époux, il faut nécessairement admettre qu'il ne s'y oppose pas moins, en ce qui concerne les dispositions de rente viagère.

Et voilà bien ce qui résulte de la comparaison des articles 17 et 151 du projet de l'an VIII, que nous avons plusieurs fois cités, et dont *l'historique* jette, en effet, de grandes clartés sur cette partie de notre Code.

L'article 17, qui décidait que la quotité disponible en usufruit, serait égale à la quotité disponible en propriété, appliquait cette règle au don de *l'usufruit ou d'une*

pension, c'est-à-dire, évidemment, au don de tout avantage viager;

Or, l'article 151 faisait à la quotité disponible entre époux, l'application pure et simple de la règle posée par l'article 17; et par conséquent, cet article 151 s'appliquait, au don *d'une pension*, comme au don *d'un usufruit;*

Donc, il en doit être de même de l'article 1094, qui est, dans notre Code, la reproduction textuelle de l'article 151 du projet.

Nous pouvons ajouter que la loi du 17 nivôse an II, qui limitait *à l'usufruit de moitié*, la quotité disponible entre époux, dans le cas où il y avait des enfants, portait aussi que les avantages entre époux, *au cas qu'ils consistent en simple jouissance*, ne pourront s'élever *au delà de la moitié des revenus des biens délaissés par l'époux décédé.* (Art. 13 et 14.)

Il faut, dit la Cour de Rouen, « *faire réduire la rente viagère dans la limite de la quotité disponible la plus élevée, et non pas, comme l'ont dit les premiers juges, dans celle de la quotité disponible la plus faible....* »

Mais ceci est, suivant nous, une confusion.

Il n'y a pas seulement, entre les deux quotités disponibles établies par l'article 1094, une différence de *plus* ou de *moins;* et ce n'est pas les bien caractériser que de dire que l'une est *plus forte*, et l'autre *plus faible!*

La vraie différence n'est pas là; elle est dans la nature tout à fait dissemblable de ces deux quotités disponibles, dont l'une est *en perpétuel*, et dont l'autre est *en viager;* et ce que le législateur a voulu précisément, c'est que, dans le cas où l'époux aurait choisi l'une, il ne fût pas permis de contraindre les enfants à y substituer l'autre!

Or, on convient, dans le système de l'arrêt de la Cour de Rouen, que la disposition de rente viagère, appartenant à celle des deux quotités disponibles, que l'article 1094 détermine en viager, ne peut pas être convertie en une disposition de la quotité disponible en perpétuel,

et que les enfants, qui prétendent qu'elle est excessive, ne sont pas tenus d'abandonner à l'époux donataire le quart en propriété et le quart en usufruit;

Donc, il faut nécessairement aussi convenir que cette disposition de rente viagère ne peut pas non plus dépasser la moitié des revenus.

C'est, à notre avis, une contradiction de vouloir la réduire d'après la valeur de la quotité disponible *en perpétuel,* et en même temps de vouloir lui conserver son caractère de disposition *en viager !*

Il faut y appliquer l'une *ou* l'autre quotité disponible.

Mais l'une *et* l'autre, en même temps, cela ne saurait se comprendre!

C'est qu'en effet, l'article 1094, en fixant la quotité disponible en viager à la jouissance de la moitié des biens, a voulu réserver, dans tous les cas, aux enfants, une somme suffisante de revenus; et cette somme dès lors ne saurait pas plus leur être enlevée par une rente viagère que par un usufruit.

En conséquence, si l'époux disposant avait donné à son époux l'usufruit de la moitié de ses biens et, en outre, une rente viagère, la disposition serait réductible à la moitié en usufruit; car la rente viagère n'est elle-même qu'une fraction supérieure à cette moitié en jouissance, qui pouvait seule être donnée.

Et pour le cas où l'époux n'aurait donné à son épouse qu'une rente viagère, il faudra comparer les arrérages de cette rente aux revenus de la moitié des biens.

Les arrérages de la rente viagère sont-ils supérieurs à la moitié des revenus? ils seront réductibles jusqu'à concurrence de cette moitié;

S'ils sont égaux ou inférieurs, ils devront être servis par les enfants;

Mais, dans tous les cas, sous cette condition, qu'ils seront susceptibles de réduction, chaque année, si les re-

venus des biens constatés par les enfants réservataires, étaient insuffisants pour les acquitter.

Telle est la doctrine qui, dans le silence de la loi sur cette hypothèse spéciale, nous paraîtrait la plus conforme aux principes, sur lesquels l'article 1094 est fondé; elle a été bien présentée par notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre (t. IV, n° 274 *bis*, VII).

504. — Nous venons d'exposer la quotité disponible entre époux, telle qu'elle est déterminée par l'article 1094.

Et maintenant, quand est-ce que l'époux en aura disposé? — Et quelle étendue sa disposition devra-t-elle, suivant les cas, recevoir?

Ce n'est plus là qu'une question d'interprétation, à décider d'après les circonstances et d'après les termes de la disposition elle-même.

Ce que nous devons dire seulement, en droit, c'est que la loi n'exige pas plus, dans ces sortes de dispositions que dans les autres, de formules spéciales, ni de termes sacramentels.

Voilà un époux sans enfants, et qui, ne laissant que des ascendants, son père, par exemple, a fait, en faveur de son époux, *une disposition universelle* ou qui lui a donné ou légué *soit sa quotité disponible, soit tout ce dont il peut disposer*

L'époux a-t-il droit non-seulement aux trois quarts en propriété, mais encore à l'usufruit du quart, qui forme la réserve du père?

Sans doute! puisque son époux lui a donné tout ce dont il peut disposer.

On a, toutefois, entrepris de soutenir la négative, et que l'époux ne pouvait disposer de l'usufruit de la réserve de son ascendant que par une clause expresse et spéciale (comp. Agen, 28 nov. 1827, Sirey, 1828, II, 99).

Mais cette doctrine ne pouvait pas prévaloir.

Que l'on regrette cette faculté que la loi laisse à l'époux

d'enlever à l'ascendant l'usufruit de la réserve, on le conçoit; et nous ne sommes pas éloigné de nous associer à ce regret (*supra*, n° 494); mais il n'en faut pas moins reconnaître que la loi lui laisse cette faculté, et qu'elle n'en subordonne l'exercice à aucune formule particulière; il suffit donc, comme l'a dit la Cour de cassation, « *que la disposition de l'usufruit au profit de l'époux soit constatée, et qu'elle ne puisse, à raison de son étendue, se concilier avec l'usufruit de l'ascendant réservataire.* » (24 avril 1854, Pregnat, Dev., 1854, I, 430; comp. Agen, 11 déc. 1827, Sirey, 1828, II, 74; Cass., 18 nov. 1840, Bonnemains, Dev., 1841, I, 90; Cass., 30 juin 1842, Soude, Dev., 1843, I, 539; Caen, 26 mars 1843, Massieu, Dev., 1843, II, 455; Cass., 3 avril 1843, Blanchard, Dev., 1843, I, 289; Riom, 16 déc. 1846, Coinchon-Beaufort, Dev., 1847, II, 249; Cass., 15 mai 1865, Hecquard, Dev., 1865, I, 377; Toullier, t. III, n° 867; Grenier, t. III, n° 450; Duranton, t. IX, n° 790; Vazeille, art. 1094, n° 11; Troplong, t. IV, n°s 2257, 2258; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 610; Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*, VIII; Boutry, n° 429; Bonnet, t. III, n° 1043).

505. — Pareillement, un époux, ayant des enfants, a fait, en faveur de son époux, *une disposition universelle*; ou il lui a donné ou légué soit *sa quotité disponible*, soit *tout ce dont il peut disposer*.

Ce n'est pas à la moitié en usufruit seulement, que l'époux gratifié aura droit; c'est au quart en propriété et au quart en usufruit.

On pourrait objecter, il est vrai, qu'il y a, dans ce cas, deux sortes de quotités disponibles distinctes, et que, par conséquent, il y a aussi deux sortes de *maximum*?

L'époux gratifié a droit à un *maximum*, cela est certain.

Mais auquel? est-ce à celui de la disposition *en perpétuel*, ou à celui de la disposition *en viager?*

L'époux disposant ne l'a pas dit!

Nous répondons, au contraire, qu'il l'a dit très-virtuellement ; car la formule, dont il s'est servi, est extensive ; et elle implique la volonté d'aller jusqu'aux plus extrêmes limites, où peut s'étendre la quotité disponible la plus considérable ; sauf, bien entendu, le cas où l'interprétation contraire serait commandée par les autres termes de l'acte, et les circonstances de l'espèce (comp. les citations *supra*, n° 503).

506. — Enfin, on a supposé le cas où un époux, ayant des enfants, aurait reproduit lui-même, dans sa disposition, l'alternative qu'admet l'article **1094**, et où il aurait disposé, en faveur de son époux, du quart en propriété et du quart en usufruit, ou de la moitié en usufruit seulement.

A qui, dans ce cas, appartiendrait le choix entre l'une ou l'autre quotité disponible ? à l'époux gratifié, ou aux enfants réservataires ?

A l'époux, ont dit les uns ; car il est gratifié, s'il le veut, de la quotité disponible la plus forte (comp. Vazeille, art. 1094, n° 11) ;

Aux enfants, ont répondu les autres ; car ils sont débiteurs sous une alternative ; et dans ce cas, le choix appartient au débiteur, s'il n'a été expressément accordé au créancier (art. 1022, 1191 ; comp. Duranton, t. IX, n° 791 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 661 ; Boutry, n° 429 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 274 *bis*, VIII ; Bonnet, t. III, n° 1044).

Et c'est aussi ce que nous croyons, en réservant, avec Coin-Delisle (art. 1094, n° 11), et Marcadé (art. 1094, n° 111), les questions particulières d'interprétation.

Il faut remarquer, d'ailleurs, que c'est là une disposition mal conçue, et qui ne comporte pas, en vérité, d'alternative :

Un choix entre deux quotités, de différente nature, sans doute, mais dont l'une est plus considérable que l'autre, c'est un choix qui sera bientôt fait par celui à

qui il appartiendra, soit par le débiteur, soit par le créancier! et on peut être assuré que l'un choisira toujours la plus faible, et l'autre toujours la plus forte!

507. — C'est une question délicate que celle de savoir si l'époux qui dispose, en faveur de son époux, de l'usufruit de la réserve de ses héritiers, de ses ascendants, dans le cas du premier alinéa de l'article 1094, ou de ses enfants, dans le cas du second alinéa, peut le dispenser de l'obligation de fournir caution.

La jurisprudence et un certain nombre de jurisconsultes, dans la doctrine, la décident affirmativement.

Mais nous avons exposé ailleurs les arguments qui nous portent à croire que la négative serait plus conforme aux textes de notre Code et aux principes (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit*, *etc.*, t. II, n° 493; ajout. Casanova, *Traité des Dispositions entre époux*, p. 52. n° XVII).

508. — Jusqu'à présent, nous nous sommes occupé de la quotité disponible entre époux, séparément, en supposant toujours que l'époux n'a fait de dispositions qu'en faveur de son époux.

Il faut, maintenant, la considérer dans ses rapports avec la quotité disponible ordinaire, en supposant que l'époux a fait des dispositions, non-seulement en faveur de son époux, mais encore en faveur d'un étranger ou de l'un de ses enfants.

L'époux gratifié n'a été, jusqu'à ce moment, qu'en présence des héritiers réservataires de l'époux disposant; il va se trouver, maintenant, aussi en présence d'un donataire ou d'un légataire étranger, auquel son époux a donné la quotité disponible ordinaire.

Cette thèse du concours, ou, comme a dit Benech (p. 186), de la *collision* des deux quotités disponibles, est l'une des plus difficiles, peut-être, et des plus importantes de cette matière.

On peut la résumer dans les trois questions que voici :

I. La quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915, au profit d'un étranger, et la quotité disponible spéciale de l'article 1094, au profit de l'époux, peuvent-elles être cumulées?

II. Si elles ne peuvent pas être cumulées, de quelle manière doivent-elles être combinées ensemble?

III. Lorsqu'il y a lieu à réduction, de quelle manière doit-on y procéder?

Tels sont les trois points, que nous allons examiner successivement.

509. — I. Et d'abord, le cumul est-il possible?

En d'autres termes, un époux peut-il disposer, tout à la fois, en entier, au profit d'un étranger, de la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915, et aussi en entier, au profit de son époux, de la quotité disponible spéciale de l'article 1094?

Évidemment non! et ce n'est pas à cette question que s'applique ce que nous venons de dire de la difficulté de notre sujet.

Rien n'est, au contraire, plus simple; et il suffirait, pour démontrer l'impossibilité du cumul des deux disponibles, de remarquer qu'il aboutirait toujours à l'anéantissement presque absolu de la réserve, et souvent même à des résultats mathématiquement absurdes!

Comment! cet époux, qui a un enfant, pourrait donner à un étranger la moitié de ses biens en propriété, en vertu de l'article 913, et à son époux, le quart en propriété et le quart en usufruit, en vertu de l'article 1094; de sorte que la réserve de l'enfant ne serait que d'un quart en nue propriété!

Et, s'il n'a qu'un ascendant, cumulez les trois quarts en propriété disponibles, au profit d'un étranger, en vertu de l'article 915, avec le quart en propriété et le quart en usufruit disponible, au profit de son époux, en vertu de l'article 1094; quel sera le résultat? une quotité dispo-

nible plus considérable que tout le patrimoine ! un *entier* qu'il faudra diviser.... en *sept quarts !*

Tel n'est donc pas le sens de la loi ; et la preuve en est dans le premier alinéa de l'article 1094, qui, après avoir décidé que l'époux, qui ne laisse que des ascendants, peut disposer, en faveur de son époux, *de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger*, ajoute ces mots : *et, en outre, de l'usufruit*, etc. ; formule qui témoigne que la quotité disponible ordinaire est, elle-même, un des éléments de la quotité disponible spéciale, ou plutôt, qu'elle est, en propriété, identiquement la même ; et voilà, en effet, la vraie théorie de notre Code, ainsi que le démontrent les travaux préparatoires dont nous avons retracé l'historique (*supra*, n°s 497 et suiv.).

La quotité disponible entre époux était, dans le projet de l'an VIII, *en propriété*, la même, ni plus ni moins, que la quotité disponible ordinaire ; seulement, on autorisait l'époux à disposer, *en outre*, au profit de son époux, de l'usufruit d'une certaine portion de la réserve des héritiers ; et, comme d'après l'article 16, la quotité disponible était, en propriété, invariablement d'un quart, la quotité disponible entre époux avait été fixée aussi invariablement à un quart, par l'article 151 ; c'était donc bien *le même quart en propriété*, qui faisait, à la fois, l'objet de la quotité disponible ordinaire en faveur d'un étranger, et de la quotité disponible spéciale en faveur de l'époux ; et par conséquent, le cumul des deux quotités disponibles était impossible, par la raison toute simple *qu'on ne peut pas donner deux fois la même chose !* cela est évident ; et la remarque en a été faite justement par M. Requier, dans un excellent article sur *la Quotité disponible entre époux*, que nous aurons l'occasion de citer encore (*Revue historique de Droit français et étranger*, 1864, p. 2 et 18) ;

Or, notre Code a conservé, en ce point, le système du projet de l'an VIII ; et la quotité disponible, *en propriété*,

de l'article 1094, au profit de l'époux, est la même que la quotité disponible des articles 913 et 915, au profit d'un étranger (*supra*, n° 437);

Donc, cette seule et même quotité disponible ne peut être attribuée deux fois à deux bénéficiaires différentes!

Il est vrai que le cumul a été admis par la législation intermédiaire, sous l'empire de laquelle, d'ailleurs, la quotité disponible ordinaire était si minime, que ce cumul n'offrait pas des résultats aussi choquants que ceux qu'il aurait aujourd'hui (comp. les articles 13, 14 et 16, de la loi du 17 nivôse an II; le décret du 22 ventôse an II, 6e question; l'article 6 de la loi du 4 germinal an VIII; Cass., 22 messidor an V, Dev. et Car., 1, I, 177).

Et on pourrait croire que c'est l'influence de ces traditions, qui, en 1810, entraîna la Cour d'Agen à admettre, après la promulgation du Code Napoléon, le système du cumul des deux quotités disponibles (27 août 1810, Sirey, 1811, II, 112).

On pourrait, disons-nous, le croire, et, bien plus récemment, la Cour de Grenoble l'avait encore admis (26 mars 1838, Cret, Dev., 1842, I, 897; *voy.* aussi Riom, 2 avril 1841, Verdier, Dev., 1841, II, 328).

Quoi qu'il en soit de ces décisions isolées, ce système ne pouvait pas prévaloir; et il a été, en effet, abandonné (comp. Toulouse, 20 juin 1809, Sirey, 1810, II, 13; Cass., 30 juill. 1813, Sirey, 1813, I, 441; Cass., 21 nov. 1842, Cret, Dev., 1842, I, 897, cassant l'arrêt précité de la Cour de Grenoble; Delvincourt, t. II, p. 221; Toullier, t. III, n° 870; Duranton, t. IX, n° 787; Grenier, t. III, n° 602; Bayle-Mouillard, *h. l.*, note *a;* Coin-Delisle, art. 1094, n° 14; Benech, p. 195; Troplong, t. IV, nos 2581, 2582; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 612; Valette, le *Droit* du 4 mars 1846; Colmet de Santerre, t. IV, n° 281 *bis*, I; Boutry, n° 476; Bonnet, t. III, n° 1124).

510. — II. Puisque les deux quotités disponibles ne peuvent pas être cumulées, il faut découvrir la combi-

naison et le procédé, à l'aide desquels elles pourront être coordonnées l'une avec l'autre (*supra*, n° 508).

C'est, d'abord, une proposition certaine, et qui est, en effet, unanimement reconnue, que, si elles ne peuvent pas être cumulées, du moins peuvent-elles concourir ensemble, et que le disposant a la faculté de les répartir entre son époux et une tierce personne.

Mais si le principe lui-même est incontesté, il s'en faut bien que l'on s'accorde sur les conditions auxquelles ce concours et cette répartition doivent être soumis.

Ce n'est pas que l'on manque de règles !

Tout au contraire!

Il y a en présence trois règles principales, qui se rencontrent partout, dans les livres de la doctrine et dans les arrêts de la jurisprudence.

Mais le malheur est que ces règles ne sont pas toutes universellement acceptées, et que l'une d'elles est même radicalement méconnue par un parti considérable.

Et, pour celles-là mêmes qui sont généralement admises, les plus vives dissidences s'élèvent sur la manière dont elles doivent être appliquées.

Il est, en conséquence, nécessaire, avant tout, de les exposer; nous dirons ensuite si nous les acceptons, et quelles applications elles nous paraissent comporter.

Les voici donc, telles qu'elles sont ordinairement formulées :

a. Première règle : le montant cumulé des dispositions faites par l'époux, soit en faveur de son époux, soit en faveur d'un étranger ou d'un enfant, ne peut pas excéder la quotité disponible la plus forte.

b. Seconde règle: chaque gratifié, soit l'époux, soit l'étranger ou l'un des enfants, ne peut rien recevoir au delà de la quotité disponible qui lui est particulière.

c. Troisième règle: l'étranger ou l'enfant ne peut pas profiter de l'augmentation de la quotité disponible, que la loi a établie en faveur de l'époux.

Telles sont, disons-nous, les trois règles avec lesquelles nous allons avoir à compter.

a. La première, qui est la plus accréditée, nous paraît devoir être admise, en ce sens qu'aucune réduction ne sera, en effet, possible, lorsque le montant cumulé des dispositions faites en faveur de l'époux et en faveur de l'étranger ou de l'enfant, n'excédera pas la quotité disponible la plus forte ; et nous l'invoquerons, nous-même, plus d'une fois, afin de prouver qu'il n'y a pas lieu à réduction.

Mais nous ne voudrions pas l'admettre dans les termes absolus où elle est généralement posée; et nous croyons qu'il pourra résulter de la combinaison des principes, qui régissent cette matière, que le montant cumulé des deux dispositions excède la quotité disponible la plus forte, soit celle de l'article 913, soit celle de l'article 1094.

Cette première règle n'est donc, suivant nous, vraie absolument, qu'en ce qui concerne la quotité disponible en propriété; comme cette quotité est la même, en effet, pour tous, et pour l'époux et pour les étrangers ou pour les enfants, il est évident que la limite extrême des dispositions faites soit en faveur de l'époux, soit en faveur de tout autre, est nécessairement celle du disponible le plus fort; il faut bien s'arrêter à cette limite, au delà de laquelle on aboutirait au cumul des deux quotités disponibles.

Mais cette règle ne nous paraît plus exacte, en ce qui concerne la quotité disponible spéciale en usufruit, dont l'époux peut disposer en faveur de son époux; et il peut, au contraire, très-régulièrement arriver qu'une portion de ce disponible spécial en usufruit, s'ajoutant au disponible ordinaire en propriété, les deux libéralités dépassent soit la quotité disponible de l'article 913, soit la quotité disponible de l'article 1094; c'est ce que nous croyons pouvoir bientôt démontrer (*infra*, n° 533).

b. Quant à la seconde règle, elle est vraie et sûre; aussi

n'a-t-elle soulevé aucune dissidence. Il est évident, en effet, que les articles 913 et 915 seraient violés, si l'étranger ou l'enfant recevait une quotité plus forte que celle dont ces articles autorisent la disposition en sa faveur; de même que l'article 1094 serait violé, si l'époux recevait une quotité plus forte que celle dont cet article autorise la disposition en sa faveur.

c. Reste la troisième règle, d'après laquelle l'enfant ou l'étranger ne doit pas profiter de l'augmentation de quotité disponible, que l'article 1094 a établie en faveur de l'époux.

Pour celle-ci, elle est des plus contestées!

Les uns ne veulent jamais l'appliquer, et la rejettent absolument;

Les autres veulent, au contraire, l'appliquer toujours;

Il y en a, enfin, qui pensent que cette règle est vraie, mais qu'elle ne comporte pas toutes les applications qu'on en a voulu faire.

Nous tenons pour cette dernière doctrine; et nous allons entreprendre d'en démontrer l'exactitude, avec le plus d'ordre qu'il nous sera possible, au milieu des complications qu'ont jetées, dans cette partie de notre sujet, les longues controverses auxquelles elle n'a pas cessé d'être livrée.

511. — A cet effet, il nous paraît utile de distinguer deux hypothèses :

a. Celle où la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915 est supérieure à la quotité disponible spéciale de l'article 1094;

b. Celle, au contraire, où la quotité disponible spéciale de l'article 1094 est supérieure à la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915.

512. — *a.* Supposons, d'abord, que la quotité disponible ordinaire dépasse la quotité disponible spéciale.

Voilà un époux, Paul, par exemple, qui n'a qu'un enfant de son mariage.

C'est, en ce cas, le disponible ordinaire qui est le plus fort, puisqu'il est de la moitié en propriété (art. 913); tandis que le disponible spécial n'est que du quart en propriété et du quart en usufruit, ou de la moitié en usufruit seulement (art 1094).

Eh bien ! alors, rien de plus simple; et on va voir que les deux premières règles que nous venons d'exposer, fonctionnent ici très-bien, et suffisent à résoudre toutes les difficultés.

Absolument, Paul peut disposer de la quotité disponible la plus forte, à savoir : de la moitié de ses biens en propriété;

Relativement, il peut attribuer toute cette moitié à un étranger; et il ne peut attribuer à son époux qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement; tel est le *maximum* que chacun des gratifiés, soit l'époux, soit l'étranger, peut obtenir dans la quotité dont Paul peut disposer.

En conséquence, Paul a-t-il donné d'abord irrévocablement à un étranger la moitié de ses biens en propriété?

Il ne peut plus rien donner à son époux, pas plus qu'à aucun autre.

A-t-il donné d'abord irrévocablement à son époux, soit le quart en propriété et le quart en usufruit, soit la moitié en usufruit?

Il peut encore donner à un étranger, soit le quart, soit la moitié en nue propriété.

Quelque combinaison que l'on imagine, et quelle que soit la répartition que Paul ait pu faire de ce disponible le plus fort entre son époux et une tierce personne, il faudra toujours en revenir à notre double règle, d'après laquelle il ne saurait y avoir lieu à réduction, lorsque, d'une part, le montant cumulé des deux dispositions n'excède pas le disponible le plus fort; et que, d'autre part, chacun des gratifiés n'a pas reçu plus qu'il ne pouvait relativement recevoir.

La troisième règle, que nous avons annoncée, et qui apporte, avec elle, toutes les dissidences, n'entre donc pas encore en scène; il n'y a pas, en effet, à se demander si l'un des donataires ne profite pas d'une augmentation de quotité disponible, qui n'aurait été établie qu'en faveur de l'autre; car il n'y a pas, dans ce cas, *une augmentation* du disponible ordinaire; tout au contraire, il y a *une diminution;* et bien loin que l'époux puisse attribuer à son époux *plus* qu'à tous les autres, il ne peut pas même lui attribuer *autant!*

De sorte qu'aucune question de date ne saurait être à considérer dans l'ordre des dispositions, que l'époux a pu faire soit au profit de son époux, soit au profit d'un étranger.

Qu'importe, par exemple, que Paul ait attribué d'abord à sa femme, par contrat de mariage, irrévocablement, le quart en propriété et le quart en usufruit?

En imputant cette disposition sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913, il restera toujours un quart en nue propriété disponible encore au profit d'un étranger.

Et si c'est l'usufruit de la moitié de ses biens, qu'il a d'abord donné à sa femme, c'est la nue propriété de la moitié, qui restera encore disponible.

513. — Il en serait autrement, bien entendu, si l'époux, même sans excéder la quotité disponible ordinaire de l'article 913, avait fait, en faveur de son époux, une disposition qui dépasserait la quotité disponible spéciale de l'article 1094; il faudrait, dans ce cas, appliquer notre seconde règle, d'après laquelle chacun des donataires ne peut recevoir que dans les limites de la quotité disponible, qui le concerne.

Il y aurait lieu, en conséquence, à réduction contre l'époux, en vertu de l'article 1094, quoique la quotité disponible de l'article 913 ne fût pas dépassée.

514. — Mais par qui cette réduction pourrait-elle être demandée?

Est-ce seulement par l'enfant, héritier réservataire?

Ou même aussi par des donataires ou des légataires postérieurs?

M. Troplong a posé cette question; et comme il nous semble que la solution, qu'il y a donnée, soulève des objections très-graves, nous allons, afin d'être sûr de n'en pas changer les termes, lui emprunter son hypothèse même :

« Supposons (dit le savant auteur), que l'époux ait, par son contrat de mariage, excédé, au profit de sa femme, les limites du disponible conjugal, de manière à lui donner des valeurs s'élevant au maximum du disponible le plus élevé. Lui sera-t-il permis, plus tard, d'opérer une sorte de réduction mentale de cette donation, et de léguer à un tiers ce qu'il aurait certainement pu lui donner, s'il s'était tenu dans les bornes du disponible conjugal?

« Précisons, par un exemple, notre question : Titius donne à Titia, par son contrat de mariage, dans le cas de survie, la moitié de tous ses biens. Plus tard, le mariage fait naître une fille. Titius réfléchit alors que, d'après l'article 1094, son don ne peut excéder le quart en propriété et le quart en usufruit, et que, par conséquent, Titia a été gratifiée de quelque chose de plus que ne le permet la loi. En conséquence, il lègue à son frère un quart en nue propriété devant devenir un quart en toute propriété au décès de Titia. En sorte que, dans sa pensée, il n'enlève pas à sa fille plus que la moitié dont le droit commun lui permet de disposer librement. Cette combinaison est-elle régulière? concilie-t-elle les droits de chacun? »

Et M. Troplong répond affirmativement (t. V, n[os] 2585-2589; comp. Saintespès-Lescot, t. V, n[o] 1976).

Nous croyons, en effet, que cette réponse serait exacte, dans le cas où le légataire postérieur pourrait réclamer l'exécution de son legs sur les biens existants dans la suc-

cession du disposant; et si l'enfant, actionné en délivrance du legs, répondait que les biens existants dans la succession sont, tout juste, suffisants pour former sa réserve, et voulait exercer contre le légataire une demande en réduction, le légataire serait fondé à répliquer que l'action en réduction doit être formée par lui contre l'époux, qui a reçu au delà de la quotité disponible de l'article 1094, et que la réserve se trouvera complétée par cette réduction. Nous avons expliqué déjà que l'article 921 ne fait à ce ci nul obstacle; car ce n'est point là, de la part du légataire, exercer la réduction ni en profiter; c'est tout simplement soutenir que la réduction ne doit pas l'atteindre et doit atteindre un autre gratifié (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 215).

Si donc la doctrine de M. Troplong demeurait dans ces termes, elle serait, à notre avis, irréprochable.

Mais l'illustre auteur va plus loin; et il accorde formellement au légataire postérieur le droit d'exercer lui-même l'action en réduction contre l'époux donataire!

« *Il s'adressera à la femme*, dit-il; *et il obtiendra, au* « *nom de l'article 1094, au nom de la liberté du disposant,* « *que la libéralité, dont il a été l'objet, reçoive exécution,* « *jusqu'à concurrence de la plus haute portion disponible.* » (*Loc. supra cit.*)

M. Bonnet, qui donne une complète adhésion à la doctrine de M. Troplong, accorde aussi au légataire postérieur *une action personnelle contre la femme.* (T. III, n° 1133.)

C'est-à-dire que, d'après cette doctrine, le légataire postérieur, agissant directement contre la femme, obtiendra que les biens mêmes, dont elle était saisie comme donataire, lui soient abandonnés par elle pour l'exécution du legs qui lui a été fait!

Eh bien! voilà ce que nous ne saurions concéder.

Aux termes de l'article 921 : « La réduction ne pourra « être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait « la réserve, par leurs héritiers et ayants cause; *les dona-*

« *taires, les légataires,* ni les créanciers du défunt ne pour-
« ront demander cette réduction, ni en profiter. »

Or, la donation par laquelle l'époux a disposé, en faveur de son époux, au delà de la quotité disponible fixée par l'article 1094, n'est pas nulle; elle est seulement sujette à réduction;

Donc, *les donataires, ni les légataires* ne peuvent demander cette réduction, ni en profiter.

Ce syllogisme nous paraît tranchant; et nous ne croyons pas qu'il ait été ébranlé par les arguments des savants auteurs, dont nous entreprenons de combattre la doctrine.

Il nous est impossible de comprendre *une action en réduction* intentée par un légataire.... *au nom de la liberté du disposant*..., pour réclamer *contre un empiétement*, non pas sur la réserve, mais *sur la quotité disponible!*

Évidemment, ce ne serait point là une *réduction;* ce serait une *révocation!*

Or, cette *liberté* de révocation, nous la refusons absolument à l'époux donateur; non! l'époux qui a fait une donation de biens présents par contrat de mariage à son époux, ne peut la révoquer d'aucune manière! et si c'est une donation de biens à venir, il ne peut faire que des dispositions modiques dans les termes de l'article 1083.

Donc, on ne saurait admettre qu'il puisse faire ce que M. Troplong appelle *une réduction mentale* de cette donation, en conférant à un légataire le droit d'agir contre son époux, afin de lui en enlever une portion!

Il ne nous semble pas, d'ailleurs, que les arrêts invoqués par M. Troplong, prêtent à sa doctrine l'appui qu'il a cru y trouver; nous avons été même particulièrement frappé de ce passage de sa discussion, dans lequel, en citant un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1853, l'auteur ajoute que « *cet arrêt est d'autant plus re-*
« *marquable qu'il est rendu précisément contre l'enfant.* »
(*Loc. supra*, n° 2589.)

Eh! sans doute; mais c'est *précisément* parce que cet arrêt a été rendu *contre l'enfant*, qu'il est contraire à la doctrine de M. Troplong! nous venons de le dire, le légataire postérieur peut demander la délivrance de son legs *contre l'enfant*, sauf à celui-ci à agir en réduction *contre la femme*.

Mais, au contraire, c'est *contre la femme elle-même*, que M. Troplong accorde l'action en réduction au légataire.

Et, par conséquent, l'arrêt de 1853, loin de favoriser sa doctrine, y est tout à fait opposé (comp. le tome II précité de ce *Traité*, n° 215; Cass., 5 août 1846, Cassaigne, Dev., 1846, I, 795; Cass., 12 janv. 1853, de Chanaleilles, Dev., 1851, I, 71).

515. — *b*. Nous voici à notre seconde hypothèse (*supra*, n° 509), c'est-à-dire à celle où la quotité disponible spéciale de l'article 1094 est supérieure à la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915.

C'est de beaucoup la plus difficile; et il est nécessaire de distinguer trois cas :

1° La disposition faite en faveur de l'époux est postérieure à la disposition faite en faveur de l'étranger;

2° Les deux dispositions, celle faite en faveur de l'époux et celle faite en faveur de l'étranger, sont simultanées;

3° La disposition faite en faveur de l'époux est antérieure à la disposition faite en faveur de l'étranger.

Reprenons successivement chacune de ces combinaisons.

516. — 1° Paul a donné d'abord, irrévocablement, par donation entre-vifs, sa quotité disponible ordinaire à un étranger ou à l'un de ses enfants.

N'ayant, par exemple, qu'un ascendant pour héritier présomptif, il a donné en propriété les trois quarts de ses biens;

Ou encore, ayant trois enfants, il en a donné le quart.

Peut-il ensuite disposer, en faveur de son époux, dans

le premier cas, de l'usufruit de la réserve de son ascendant, et dans le second cas, d'un quart en usufruit?

Évidemment oui! (*Voy.* toutefois, *infra*, nos 521, 523.)

D'une part, en effet, le montant cumulé de ces deux dispositions n'excède pas la quotité disponible la plus forte;

D'autre part, ni l'un ni l'autre des bénéficiaires n'a reçu une quotité supérieure à celle dont il pouvait être gratifié.

Nos deux premières règles sont donc satisfaites (*supra*, n° 508); et elles justifient très-bien cette solution qui est, en effet, aujourd'hui généralement admise.

On avait entrepris pourtant d'abord de la contester;

Et voici comment on raisonnait :

Le législateur, en augmentant par l'article 1094, entre les époux, la quotité disponible ordinaire, a pensé que cette quotité pourrait être insuffisante, en ce qui les concerne; et il y a ajouté un supplément; voulant que l'époux pût disposer, au profit de son époux, *en outre* de la quotité disponible ordinaire, du supplément qu'il y ajoutait (*voy.* l'article 1094, 1er alinéa); c'est-à-dire que ce supplément n'est autre chose qu'une dépendance accessoire de la quotité disponible ordinaire, et qu'il ne saurait pas plus subsister sans cette quotité que l'*accessoire* ne peut subsister sans le *principal;*

Or, on suppose que l'époux n'a pas attribué à son époux la quotité disponible ordinaire, et qu'il en a disposé au profit d'un étranger;

Donc, il n'y a plus lieu de lui accorder, en faveur de son époux, *ce crédit supplémentaire*, dont il n'a, en effet, nullement besoin; puisqu'il aurait pu, s'il l'avait voulu, gratifier son époux aux dépens de *son crédit ordinaire*, qui aurait été très-suffisant, eu égard à la libéralité qu'il lui a faite.

Comment! voilà un homme, qui a sa femme et sa mère.

Et c'est à un étranger qu'il donne, en propriété, les trois quarts de ses biens!

Où donc est la nécessité d'augmenter, en faveur de sa femme, sa quotité disponible ordinaire, et de lui permettre de grever d'usufruit la réserve de sa mère, au profit de sa femme? Pourquoi n'a-t-il pas fait à sa femme cette disposition sur le disponible ordinaire, qui certes y suffisait parfaitement!

Mais répondrons-nous :

S'il n'était pas encore marié, à l'époque où il a fait cette première donation à un étranger? il ne pourrait donc plus absolument rien donner à la femme qu'il épouserait ensuite?

Cette seule réponse suffirait pour détruire l'objection que nous combattons.

Mais cette réponse n'est pas la seule; il en est d'autres encore plus générales, et qui s'appliquent à toutes les hypothèses.

C'est que le législateur, en effet, n'a pas eu l'intention qu'on voudrait lui prêter, de faire de l'augmentation qui constitue le disponible entre époux, un accessoire inséparable du disponible ordinaire; le législateur, en établissant les deux quotités disponibles des articles 913, 915 et 1094, a laissé à chacun, pour l'une comme pour l'autre, la liberté d'en disposer, suivant ses affections, eu égard aux besoins relatifs des bénéficiaires, soit en tout, soit en partie, soit au profit d'un étranger, soit au profit de son époux.

Est-ce qu'un époux, qui n'aurait fait, d'ailleurs, aucune disposition au profit d'un étranger, en vertu de l'article 913 ou 915, ne pourrait pas disposer, au profit de son époux, d'une partie seulement de la quotité disponible de l'article 1094?

Nul ne voudrait le prétendre.

Ce n'est donc pas *tout* ou *rien!*

L'époux, au contraire, peut ne donner à son époux

qu'une portion, et même une portion modique du disponible de l'article 1094; qui peut, en effet, le plus, peut le moins! (Comp. Caen, 14 mars 1862, Brionne, Dev., 1862, II, 361.)

Eh bien! alors, qu'importe qu'il ait ou qu'il n'ait pas disposé, au profit d'un étranger, de la quotité disponible ordinaire, dès qu'il pouvait n'en pas disposer au profit de son conjoint!

La formule du premier alinéa de l'article 1094, dont on a argumenté en sens contraire, et d'où il résulte que l'époux pourra disposer, en faveur de l'autre époux, *de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger*, et, EN OUTRE, de l'usufruit de la réserve de ses ascendants, n'implique rien de semblable; et elle n'a pour but que de déterminer le *maximum* de la quotité disponible entre époux.

Aussi, cette doctrine *de l'unité et de l'indivisibilité* de la quotité disponible de l'article 1094, n'a-t-elle pas prévalu; Grenier, qui l'avait d'abord proposée, s'en est départi (t. III, n° 584) ; et la Cour de cassation a refusé de l'admettre, malgré les conclusions de M. Delangle, avocat général, qui lui avait prêté le secours de sa puissante dialectique (comp. Lyon, 29 janv. 1824, Sirey, 1825, II, 47; Cass., 3 janv. 1826, Sirey, 1826, I, 269; Cass., 18 nov. 1840, Bonnemains, Dev., 1841, I, 90, et D., 1841, I, 19; Troplong, t. IV, n°s 2593, 2594; Bonnet, t. III, n° 1138).

517. — 2° Le second cas, auquel nous arrivons, est celui où la disposition en faveur de l'étranger ou de l'enfant et la disposition en faveur du conjoint sont simultanées (*supra*, n° 515).

C'est ce qui a lieu, lorsqu'elles ont été faites, soit par un même acte de donation entre-vifs, soit par testament.

Paul, ayant trois enfants, a légué à un étranger la propriété d'un quart de ses biens, et à sa femme l'usufruit d'un autre quart;

Ou, n'ayant pas d'enfants, mais seulement sa mère, il a légué à un étranger la propriété des trois quarts, et à sa femme l'usufruit du quart, qui forme la réserve de sa mère.

Ces deux legs, celui fait à l'étranger et celui fait à la femme, doivent-ils être exécutés intégralement?

Évidemment oui!

L'héritier réservataire, la mère, par exemple, dans le second cas, prétendra-t-elle qu'il faut réduire?

Mais réduire *quoi?* réduire *qui?*

Qu'elle s'adresse à l'étranger; il lui répliquera, très-justement, qu'aux termes de l'article 915, le disponible, en ce qui le concerne, est des trois quarts en propriété, et qu'il n'a pas reçu plus qu'il ne pouvait recevoir.

Qu'elle s'adresse à la femme; celle-ci lui répliquera, non moins justement, qu'aux termes de l'article 1094, le disponible, en ce qui la concerne, étant d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, elle n'a pas reçu même tout ce qu'elle pouvait recevoir.

Ni l'un ni l'autre des deux légataires n'est donc sujet à réduction.

Et quel serait, au contraire, le résultat inévitable de la prétention de la mère?

C'est que l'un et l'autre subiraient la réduction!

Résultat, disons-nous, inévitable; car, aux termes de l'article 926, la réduction des dispositions testamentaires, lorsqu'elles excèdent la quotité disponible, doit être faite au marc le franc sur chacune d'elles; et s'il y avait lieu à la réduction dans notre hypothèse, il est évident que l'un et l'autre legs, et celui fait à l'étranger et celui fait à la femme, devraient en être frappés!

Or, cela est certainement impossible!

D'une part, en effet, la quotité disponible *absolue*, c'est-à-dire la plus élevée, n'a pas été dépassée; d'autre part, la quotité disponible *relative* ne l'a pas été non plus; et ni l'un ni l'autre des légataires n'a reçu au delà du disponible, qui lui est particulier;

Donc, il faut conclure que les deux legs devront être exécutés en entier.

Cette conclusion nous paraît, en effet, irrésistible!

Nous devons ajouter pourtant qu'elle a été contestée très-vivement, et que d'excellents esprits n'ont pas voulu la reconnaître.

Et l'on a présenté, à cet effet, deux moyens :

On a objecté, d'abord, que le supplément de quotité disponible, que l'article 1094 ajoute à la quotité disponible ordinaire, est un accessoire de celle-ci, et que l'époux ne peut disposer, en faveur de son époux, de ce supplément accessoire qu'autant qu'il dispose aussi, en sa faveur, de la quotité disponible principale; c'est, comme on voit, le même moyen, qui a déjà été présenté dans le premier cas que nous avons examiné; et nous croyons l'avoir aussi déjà suffisamment réfuté (*supra*, n° 516); ce moyen offre, il est vrai, dans le cas du premier alinéa de l'article 1094, une certaine gravité; et nous ne voulons pas nier ce qu'il peut y avoir de choquant dans un testament, par lequel un homme, ayant sa mère et sa femme, lègue à un étranger la propriété des trois quarts de ses biens, c'est-à-dire toute sa quotité disponible ordinaire, et ne lègue à sa femme que l'usufruit du quart qui forme la réserve de sa mère! Que ne prenait-il cet usufruit sur le disponible ordinaire et aux dépens du légataire étranger, plutôt que sur le disponible spécial et aux dépens de la réserve de sa mère! Une telle combinaison n'est-elle pas contraire au but que le législateur s'est proposé dans l'article 1094? ne trompe-t-elle pas, ne pervertit-elle pas ses intentions?

Oui, ces motifs-là sont graves; et c'est, en effet, dans une espèce semblable, que M. le procureur général Delangle entreprit de les faire prévaloir (*supra*, n° 516); mais si graves qu'ils puissent paraître, ils ne sauraient l'emporter sur les textes mêmes de la loi et sur les principes, que la logique du droit est forcée d'en déduire.

Aussi, n'ont-ils pas triomphé; et la Cour de cassation a très-bien répondu *qu'on ne peut combattre, avec des considérations, un texte de loi, qui ne présente ni doute ni obscurité* (3 janv. 1826, Tardy, Sirey, 1826, II, 269).

Il n'en serait autrement que dans le cas où, par interprétation de la volonté du disposant, on reconnaîtrait, en fait, qu'il n'a pas entendu faire porter l'usufruit de son conjoint sur la réserve de sa mère (comp. Agen, 16 juin 1831, Dev., 1831, II, 324).

518. — Ce premier moyen étant écarté, on a présenté le second; et on a dit que, du moins, il faut distinguer dans quel ordre les dispositions ont été faites, et laquelle des deux a précédé l'autre.

Que l'époux, qui a commencé par disposer, en faveur d'un étranger, de la quotité disponible ordinaire, puisse disposer, ensuite, en faveur de son époux, de l'usufruit de la réserve de son ascendant, on le concède.

Mais ce que l'on nie, c'est que, s'il a commencé par disposer, en faveur de son époux, de l'usufruit de la réserve de son ascendant, il puisse ensuite disposer, en faveur d'un étranger, de la quotité disponible ordinaire; car, dit-on, ce n'est qu'en faveur de l'époux, que l'article 1094 a augmenté la quotité disponible ordinaire de l'article 913; et l'époux peut seul en profiter; d'où il suit que tout ce qui est donné d'abord à l'époux, doit, en ce qui concerne l'étranger, s'imputer sur la quotité disponible ordinaire, comme si l'époux était lui-même un étranger; c'est ce qui arriverait dans le cas où le disposant aurait fait, d'abord, par un acte séparé une donation entre-vifs en faveur de son époux, et aurait fait ensuite, par un acte postérieur, une disposition en faveur d'un étranger; et il faut appliquer la même doctrine, dans le cas où il a disposé, par un seul et même acte, en faveur de son époux et en faveur d'un étranger, si la disposition en faveur de l'époux précède, dans cet acte, la disposition en faveur de l'étranger.

Telle est la doctrine, qui semble résulter de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1846, qui statue sur une espèce, dans laquelle le disposant avait, par le même testament, légué d'abord à l'un de ses quatre enfants, par préciput, le quart de ses biens, et ensuite, à sa femme, l'usufruit d'un autre quart :

« Attendu, dit l'arrêt, que la disposition de l'article 1094 inspirée au législateur par le désir de resserrer l'union conjugale, est personnelle aux époux et ne peut être invoquée par les étrangers ni par les enfants; — Qu'ainsi, lorsque par son contrat de mariage ou autrement, l'un des conjoints a épuisé, au profit de son conjoint, la quotité disponible déterminée par l'article 1094, soit que la libéralité embrasse une part en propriété et une part en usufruit, ou qu'elle se soit restreinte à l'usufruit de la moitié, toute disposition ultérieure est expressément interdite;

« Mais, attendu que, *si le père de famille a gratifié l'un de ses enfants dans les termes de l'article* 913, rien ne s'oppose à *ce qu'il gratifie ensuite son conjoint*, si les deux libéralités réunies n'excèdent pas la quotité disponible la plus large autorisée par l'article 1094; — *Qu'en ce cas, en effet, le conjoint seul profite de l'extension apportée, en sa faveur, à la faculté de disposer.*

« Et, attendu, en fait, que de l'arrêt attaqué, il résulte expressément que Lebraly, ayant quatre enfants, a disposé, par le même testament : 1° d'un quart de ses biens en propriété, au profit de Paul-Victor Lebraly, son fils; 2° de l'usufruit d'un quart au profit de sa femme survivante.... » (9 nov. 1846, Lebraly, Dev., 1846, I, 801; comp. Aix, 18 avril 1836, Evrard, l'arrêt de la Cour, et surtout le jugement du tribunal de Tarascon du 12 févr. 1835, Dev., 1836, II, 421; Cass., 23 août 1847, Maingonnas, Dev., 1847, I, 810; Duranton, t. IX, n° 766).

Mais, en admettant même la doctrine qui sert de base à cet arrêt, et que l'on dût tenir compte de l'ordre des

dates entre les dispositions faites au profit de l'époux et au profit de l'étranger, doctrine, sur laquelle nous allons nous expliquer (*infra*, n° 524), il est de toute évidence qu'elle serait inapplicable dans le cas où ces dispositions ont été faites par le même testament ou par la même donation entre-vifs :

1° Parce qu'il résulte du texte de l'article 926, que la réduction doit être faite, au marc le franc, sur toutes les dispositions testamentaires, sans qu'il y ait lieu de considérer l'ordre où elles se trouvent placées dans l'acte, ni de distinguer entre celle qui a été écrite la première et celle qui a été écrite la dernière ;

2° Parce que une telle distinction serait dépourvue de tout motif, et qu'on ne saurait trouver la preuve d'une préférence de la part du testateur, dans cette circonstance, le plus souvent toute fortuite : « *Ne sait-on pas,* disait « Davot, *que la tournure d'un acte ne dépend que trop sou-* « *vent du notaire? considérons plutôt ce que le donateur a* « *voulu!* » (T. IV, p. 111, n° 7; comp. le t. II de ce *Traité,* n° 547.)

C'est aussi ce que M. le conseiller Mesnard exprimait avec une grande autorité, en ces termes :

« Que la condition de date soit déterminante, lorsque les dispositions sont faites par des actes séparés, il faut bien l'admettre, puisque c'est aujourd'hui la base de votre jurisprudence sur cette question. Mais quand les deux libéralités, au lieu de résulter de deux actes séparés, seront écrites dans le même acte, *eodem tempore, eodem contextu,* faudra-t-il se préoccuper de la condition de priorité, au point de rechercher minutieusement, dans cet acte, laquelle des deux libéralités est sortie la première de la bouche ou de la plume du disposant? Faudra-t-il que quelques minutes ou quelques lignes d'intervalle suffisent pour déterminer le sort des libéralités? La quotité la plus étendue sera-t-elle ou non disponible, selon qu'on aura commencé, dans l'acte, par nommer le con-

joint ou l'enfant? Tout dépendra-t-il d'une intention involontaire ou dont peu de gens comprendront l'irritante signification? Un grand principe de droit et ses larges conséquences resteront-ils ainsi à la merci d'un capricieux arrangement de syllabes et de l'accident le plus vulgaire? c'est bien assez déjà, peut-être, de décider que la priorité de la disposition, déterminée par la date de l'acte séparé, qui contient cette disposition, suffirait pour décider du sort ou de l'étendue d'une disposition postérieure; vous aurez à vous demander si l'on doit pousser la rigueur jusqu'au point de ne plus voir de simultanéité dans les clauses d'un même acte.... »

On ne saurait mieux dire! et la Cour de cassation, en effet, décida que les dispositions faites en faveur de l'époux et en faveur de l'enfant, dans le même testament, doivent être considérées comme simultanées (20 déc. 1847, Vessigaud, Dev., 1848, I, 231; ajout. Cass., 12 juillet 1848, Doney, Dev., 1848, I, 473; Cass., 3 juin 1863, Molis, Dev., 1863, I, 417).

519. — *Dans le même testament,* disons-nous; c'était l'espèce à juger; mais il est notable que l'éminent rapporteur semble insister sur cette circonstance; l'arrêt lui-même la relève à plusieurs reprises; et il résulte, en effet, du rapport et de l'arrêt, que si les dispositions eussent été portées dans deux testaments différents, on aurait dû considérer l'ordre des dates de ces testaments, pour décider du sort ou de l'étendue des dispositions faites soit au profit de l'époux, soit au profit de l'enfant.

M. Troplong a écrit aussi que *la question est plus délicate, si les legs ont été portés dans plusieurs testaments distincts; cependant,* ajoute-t-il, *nous la résolvons dans le même sens* (t. IV, n° 2608; comp. Réquier, *Revue historique de droit franç. et étr.*, 1864, § I, p. 5).

C'est, en effet, évidemment dans ce sens qu'il faut la résoudre, nous aurions même préféré que l'on n'eût pas dit que la question est délicate; ce n'est point là une

question ! c'est un principe élémentaire, qu'il importe de ne pas laisser ébranler.

Les deux moyens par lesquels nous avons démontré qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'ordre de l'écriture dans le même testament, démontrent, en effet, aussi péremptoirement, qu'il n'y a pas lieu davantage de tenir compte, entre plusieurs testaments, de l'ordre des dates de chacun d'eux :

1° Parce que l'article 926 ne fait aucune distinction de ce genre, et que tous les legs sont réduits au marc le franc, quelles que soient les dates des différents testaments, qui les contiennent ;

2° Parce qu'une telle distinction serait encore ici dépourvue de tout motif raisonnable ; la différence des dates ne pouvant témoigner d'aucune préférence de la part du testateur, dans des actes, qui n'auront tous, finalement, quant à leurs effets, qu'une seule et même date, celle de son décès ! (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 545 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 613 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 381, VI ; Bonnet, t. III, n° 1140 et suiv.)

Il est donc certain que, dans le cas où la disposition en faveur de l'époux et la disposition en faveur de l'enfant ou de l'étranger, ont été faites soit dans le même testament, soit dans deux testaments différents, elles ont un caractère de simultanéité tel, qu'il est impossible d'établir, entre elles, aucune priorité de date.

Et, en conséquence, les partisans de la doctrine, qui tient compte indistinctement de l'ordre des dates, pour décider du sort et de l'étendue de la disposition faite au profit de l'étranger, déclarent que les deux dispositions devront être alors exécutées, parce que la disposition faite en faveur du conjoint n'ayant pas précédé la disposition faite en faveur de l'étranger, ou de l'enfant, *le conjoint seul profite, en ce cas, de l'extension apportée, en sa faveur, à la faculté de disposer....* (Cass., 9 nov. 1846, Lebraly, Dev., 1847, I, 801.)

Nous espérons pouvoir démontrer que ce motif n'est pas fondé ; car, *même en ce cas*, si la doctrine, qui a triomphé jusqu'à ce jour, était exacte, il serait vrai de dire que l'étranger profite de cette extension ; et dès lors cette doctrine se contredit manifestement elle-même, en maintenant, dans leur entier, les deux dispositions, lorsqu'elles ont été faites simultanément.

C'est ce que nous allons entreprendre, en examinant la troisième hypothèse, que nous avons annoncée (*supra*, n° 515).

520. — 3° Cette hypothèse est celle où la donation faite, d'abord irrévocablement en faveur de l'époux, a précédé la donation faite ensuite en faveur de l'enfant ou de l'étranger.

Nous entrons dans l'une des parties les plus importantes de notre matière, au double point de vue de la théorie et de la pratique, et qui est aussi l'une de celles qui ont donné lieu aux controverses les plus persistantes !

Trois opinions principales se trouvent en présence :

a. — L'une enseigne que les deux dispositions, celle en faveur de l'époux et celle en faveur de l'enfant ou de l'étranger, doivent être toujours maintenues, lorsqu'elles ne dépassent pas ensemble la quotité disponible la plus forte, et que ni l'un ni l'autre des gratifiés n'a reçu plus qu'il ne pouvait personnellement recevoir ; qu'elles doivent toujours être maintenues, et cela, non-seulement lorsque la disposition faite d'abord en faveur de l'époux, a pour objet l'usufruit, mais même lorsqu'elle a pour objet la propriété.

b. — L'autre, au contraire, prétend qu'elles ne doivent jamais être maintenues, si la disposition faite d'abord en faveur de l'époux, a épuisé la quotité disponible ordinaire ; et cela, non-seulement lorsque la disposition faite d'abord en faveur de l'époux a pour objet la propriété, mais même lorsqu'elle a pour objet l'usufruit.

c. — Enfin, d'après la troisième opinion, que nous croyons devoir proposer, il faut distinguer :

La disposition faite en faveur de l'époux, a-t-elle pour objet un droit de *propriété ?*

Elle doit être imputée sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913 ; et elle la diminue d'autant ou elle l'épuise, suivant les cas, de sorte que la disposition faite en faveur de l'étranger, est réductible ou caduque.

A-t-elle, au contraire, pour objet un droit d'*usufruit?*

Elle doit être imputée sur la quotité disponible spéciale de l'article 1094, et laisse, en conséquence, intacte la quotité disponible, en propriété, de l'article 913.

C'est d'après cette distinction, que la troisième opinion décide du sort ou de l'étendue de la seconde disposition faite en faveur de l'enfant ou de l'étranger.

Elle nous paraît être la plus juridique; et nous allons entreprendre de l'établir, en examinant successivement les deux autres.

521. — *a.* Supposons, en premier lieu, que la disposition faite d'abord, en faveur de l'époux, a pour objet la propriété de la quotité disponible.

Paul a, par exemple, donné, par contrat de mariage, à sa femme, un quart de ses biens en propriété.

Il meurt, laissant trois enfants, et un testament par lequel il a légué à l'un d'eux, par préciput, un quart de ses biens en usufruit.

Ces deux dispositions, la donation en faveur de la femme, et le legs en faveur de l'enfant, doivent-elles être exécutées ?

Oui, a-t-on répondu :

D'une part, en effet, le montant cumulé des deux dispositions n'excède pas la quotité la plus forte, dont Paul pouvait disposer ; car sa quotité disponible la plus forte, aux termes de l'article 1094, était précisément d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit;

D'autre part, l'un et l'autre des gratifiés, loin d'avoir

reçu au delà des limites du disponible, qui lui était propre, n'a pas même reçu tout ce disponible; car la femme, qui aurait pu recevoir un quart en propriété et un quart en usufruit, n'a reçu qu'un quart en propriété; et l'enfant, qui aurait pu recevoir un quart en propriété, n'a reçu qu'un quart en usufruit;

Donc, la quotité disponible de Paul n'a été dépassée ni absolument, ni relativement;

Donc, en un tel état de choses, il ne saurait y avoir lieu à réduction.

C'est la première opinion, que nous avons annoncée (*supra*, n° 520), et qui refuse carrément de reconnaître que l'article 1094 renferme une augmentation quelconque de disponible, dont l'époux seul aurait le droit de profiter; elle est enseignée par nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. V, p. 615, 617), et Colmet de Santerre (t. VI, n° 281 *bis*, V; comp. Delvincourt, t. II, p. 221; Toullier, t. III, n° 871; D., *Rec. alph.*, v° *Disposit. entre-vifs et test.*, t. VI, p. 268 et suiv.; Eugène Lauth, *De la quotité disponible entre époux*, n° 259).

Mais elle nous paraît inadmissible; et nous croyons, au contraire, que le legs du quart en usufruit fait à l'enfant ne pourra pas être exécuté.

La preuve en résulte, suivant nous, du texte même de l'article 1094, et de la théorie tout entière de notre Code, telle qu'elle est attestée par l'historique des travaux préparatoires :

1° Ce que prouve le texte de l'article 1094, c'est que la quotité disponible en propriété, qu'il détermine, relativement à l'époux, est la même, sauf l'étendue, que celle qui est déterminée par l'article 913, relativement à l'étranger ou à l'enfant; qu'elle est, disons-nous, la même, en ce sens qu'il n'y a pas deux quotités disponibles en propriété, qui seraient distinctes l'une de l'autre; ce qui nous conduirait inévitablement au cumul! mais que c'est bien, au contraire, une seule et même quotité disponible;

d'où il suit que les dipositions, faites en propriété par l'époux en faveur de son époux, en vertu de l'article 1094, affectent la quotité disponible de l'article 913, et la diminuent d'autant, suivant le cas, ou l'épuisent entièrement.

En quoi donc consiste seulement la spécialité du disponible de l'article 1094?

C'est, d'abord, en ce que la quotité disponible en propriété, qui est, quant à son objet, la même que celle de l'article 913, n'est pas, quant à son étendue, réglée de la même manière, et que son invariabilité, comparée à la variabilité de l'autre, fait qu'elle est tantôt plus forte, tantôt plus faible; ce qui, du reste, est indifférent, quant à notre thèse actuelle.

C'est, ensuite, que la quotité disponible de l'article 1094 peut porter par extension, en usufruit, sur la réserve des héritiers : soit sur toute leur réserve, si ce sont des ascendants; soit sur une portion de leur réserve, si ce sont des enfants!

Voilà le trait particulièrement caractéristique de la théorie du Code, telle qu'elle résulte des travaux préparatoires, dont nous avons exposé l'historique; à savoir : que c'est par une disposition *en usufruit*, portant *sur la réserve des ascendants ou des enfants*, que le législateur autorise l'époux à avantager son époux autrement qu'il ne peut avantager un enfant ou un étranger. Et M. Benech (p. 262) remarque, très-justement, que *cette inspiration*, comme il a dit, a été puisée sans doute, par le législateur nouveau, dans les traditions anciennes, *du douaire, de l'augment*, et *du contre-augment*, qui nous montrent, en effet, que, de tout temps, c'est par les dispositions d'usufruit, que le législateur a fourni à l'époux prémourant le moyen d'assurer un sort convenable à son époux survivant.

Mais ce disponible en usufruit, qui peut affecter la réserve des héritiers, ce n'est qu'en *faveur de l'époux* que l'article 1094 l'établit! le texte de l'article 1094 est, à

cet égard, explicite; et quand nous voyons MM. Aubry et Rau valider la disposition, qui attribue à *un enfant* ou à *un étranger* un droit d'usufruit *sur la réserve*, il nous est impossible de ne pas dire qu'une telle doctrine est la violation formelle de l'article 1094 et de l'article 913!

M. Colmet de Santerre l'a bien compris; et le savant auteur, se séparant, sur ce point, de MM. Aubry et Rau, qui permettent d'établir l'usufruit de la réserve sur la tête même de l'étranger, donataire ou légataire, veut que cet usufruit soit toujours établi sur la tête de l'époux du disposant :

« Ainsi, dit-il, quand le conjoint a reçu un quart en pleine propriété, l'enfant ou l'étranger pourra bien recevoir un quart en usufruit; seulement, *cet usufruit devra être établi sur la tête du conjoint, et non sur celle du second donataire, et soumis aux chances de vie ou de mort du conjoint et non du donataire*. S'il en était autrement, les héritiers à réserve courraient la chance de voir un usufruit constitué sur une tête plus jeune; tandis que le législateur, en autorisant la disposition du quart en usufruit en sus du disponible ordinaire, a dû nécessairement prendre en considération l'âge probable du conjoint. » (*Loc. supra cit.*)

Eh! oui sans doute! c'est là une circonstance capitale; et il est manifeste que la doctrine de MM. Aubry et Rau pourrait porter à la réserve des enfants une atteinte bien plus grave que celle qui est autorisée par la loi; puisque l'usufruit de la réserve pourrait être établi sur la tête d'une personne beaucoup plus jeune que l'époux du disposant!

Mais ce n'est pas seulement l'âge probable de l'époux que le législateur a pris en considération! il a considéré aussi la qualité de l'époux, le lien qui unira cet usufruitier à ces nu-propriétaires, et que les relations, qui en résulteraient, n'auraient rien de pénible pour les enfants, qui profiteront, le plus souvent, eux-mêmes des revenus de cet usufruit, soit par leur communauté d'habitation

avec leur père ou leur mère survivant, soit parce qu'ils seraient affranchis d'autant de l'obligation de lui fournir des aliments.

MM. Aubry et Rau objectent que les enfants auraient plutôt intérêt à ce que la nue propriété fût donnée au conjoint et l'usufruit à un étranger, puisque si c'est le conjoint, leur père ou leur mère, qui a la nue propriété, ils seront presque toujours assurés de la retrouver plus tard dans sa succession ; tandis qu'elle sera perdue pour eux, si elle est donnée à un étranger.

Mais ce n'est pas à ce point de vue que le législateur s'est placé; et quand, après avoir autorisé, en faveur de toute personne, de l'époux comme d'un enfant ou d'un étranger, une certaine quotité disponible en propriété, il autorise, *en outre*, *en faveur de l'époux*, une quotité disponible en usufruit, qui pourra porter sur la réserve, c'est bien certainement en faveur de l'époux lui-même et lui seul, qu'il l'autorise!

Est-ce que M. Colmet de Santerre n'en convient pas, en reconnaissant que cet usufruit de la réserve ne peut être constitué *que sur la tête de l'époux !*

Reconnaître, en effet, que l'usufruit de la réserve ne peut être constitué *que sur la tête de l'époux*, n'est-ce pas virtuellement reconnaître qu'il ne peut être constitué *qu'en faveur de l'époux ?*

Nous le croyons tout à fait ainsi, et que ces deux idées sont, dans le système de notre Code, absolument inséparables !

Aussi, concluons-nous que, dans ce premier cas, c'est-à-dire lorsque la donation du quart en propriété a été faite d'abord à l'époux, le legs du quart en usufruit fait à l'enfant ne pourra pas être exécuté.

A l'égard de cet enfant, la quotité disponible a été épuisée par la donation du quart en propriété faite à l'époux.

Et le quart en usufruit n'est pas disponible, en ce qui le concerne.

« Il y a donc excès, dit fort bien M. Benech, dans le « concours de ces deux libéralités; et cet excès ne vient « pas de leurs sommes ni des quantités distribuées, « mais bien de la nature de la distribution qui en a été « faite.... *fecit quod non potuit; non fecit quod potuit* » (p. 265; comp. Proudhon, *de l'Usufruit,* t. I, n° 360; Troplong, t. IV, n° 2599; Marcadé, art. 1094; et *Revue critique de jurisprud.*, 1853, t. III, p. 562 et suiv.; Réquier, *Revue historique de droit français et étranger,* 1864, p. 18, 19; Bonnet, t. III, n° 1157).

522. — MM. Aubry et Rau objectent encore, contre la doctrine, que nous venons de proposer, *qu'elle conduit à des conséquences inconciliables avec l'esprit de l'article* 1094.

Que l'on suppose, en effet, disent-ils, qu'un époux, ayant trois enfants, a, par un même testament, légué à son conjoint un quart en propriété, et à une autre personne un quart en usufruit.

Il arrivera, d'après cette doctrine, que les deux dispositions seront excessives et qu'elles devront être, aux termes de l'article 926, réduites toutes les deux proportionnellement, lorsque, pourtant, ni l'une ni l'autre, envisagée séparément, ne devrait être soumise à la réduction! (T. V, p. 616.)

Nous répondons que certainement, suivant nous, ces deux dispositions seront réductibles, au marc le franc, en vertu de l'article 926.

En effet, le quart légué au conjoint en pleine propriété, c'est le disponible ordinaire de l'article 913; car nous savons que le disponible en propriété est le même dans l'article 1094 que dans l'article 913.

Or, cela posé, sur quoi porte le quart en usufruit, légué à l'étranger?

Il ne porte et il ne peut porter lui-même que sur le disponible ordinaire de l'article 913; car nous savons aussi que le supplément du disponible en usufruit, qui

peut porter sur la réserve, n'existe qu'en faveur de l'époux.

C'est-à-dire que le disposant, dans cette espèce, n'a pas touché au disponible exceptionnel de l'article 1094; qu'il l'a laissé en dehors; et que ses deux legs portent, ensemble, sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913.

Par conséquent, le legs fait à l'époux en propriété, doit être traité comme s'il avait été fait à un étranger; or, s'il avait été fait à un étranger, le légataire en propriété et le légataire en usufruit, subiraient une réduction proportionnelle; donc, il en doit être de même dans le cas où le legs de la propriété a été fait à l'époux.

Supposez que le legs fait à l'étranger, au lieu d'être d'un quart en usufruit, soit lui-même d'un quart en propriété; cet époux, ayant trois enfants, a légué à sa femme un quart en propriété, et à un étranger aussi un quart en propriété; ces deux legs portant également sur le disponible ordinaire de l'article 913, devront être réduits au marc le franc.

Or, il doit en être de même dans le cas où le legs fait à l'étranger est seulement d'un quart en usufruit; car, en ce qui concerne l'étranger, ce quart en usufruit ne peut porter aussi que sur le disponible ordinaire de l'article 913 (comp. toutefois, Colmet de Santerre, t. IV, n° 281 *bis*, VII et VIII).

525. — Nous n'éprouverons pas plus d'embarras pour répondre sur une autre hypothèse, que MM. Aubry et Rau ont aussi présentée, en disant que les conséquences de notre doctrine y paraîtront encore plus *choquantes*.

Nos savants collègues supposent qu'un époux, ayant trois enfants, a donné d'abord, par acte entre-vifs, le quart en usufruit à un étranger, et qu'il a donné ensuite le quart en pleine propriété à son conjoint par une disposition postérieure.

Et ils se récrient, parce que la réduction va frapper

exclusivement le conjoint qui n'a pas reçu pourtant ce qu'il pouvait recevoir (t. V, p. 616).

Nous répondons que, certainement, la réduction devra frapper le conjoint; et il nous semble que cette conséquence n'a rien que de logique.

En effet, d'une part, la donation d'un quart en usufruit faite d'abord à l'étranger, ne pouvant porter sur la réserve qui est, en ce qui le concerne, indisponible, ne porte que sur le disponible ordinaire de l'article 913;

Et, d'autre part, la disposition d'un quart en propriété, faite ensuite au profit de l'époux, ne consistant pas en usufruit, ne porte pas non plus sur la réserve, c'est-à-dire sur le disponible spécial de l'article 1094;

Donc, les deux dispositions portent, ensemble, uniquement sur le disponible ordinaire de l'article 913; et par conséquent, la disposition faite en faveur de l'époux, étant la dernière, devra être réduite à un quart en nue propriété.

Sans doute, l'époux, après avoir donné irrévocablement à un étranger, l'usufruit du quart, aurait pu donner à son époux, non-seulement la nue propriété de ce quart, mais encore l'usufruit du quart dont la réserve peut être affectée en faveur de l'époux;

Voilà ce qu'il aurait pu faire; et alors le supplément exceptionnel de disponible en usufruit qui affecte la réserve, aurait été donné à l'époux en faveur duquel seulement il est disponible; on peut voir des exemples de ces dispositions qui nous ont paru, en effet, très-valables (*supra*, n° 516).

Voilà, disons-nous, ce que l'époux disposant aurait pu faire.

Mais ce n'est pas là ce qu'il a fait!

De ce qu'il a fait, au contraire, il résulterait que le supplément de disponible en usufruit qui affecte la réserve, serait donné à un étranger.

Or, nous tenons pour impossible toute disposition, qui aboutirait à mettre dans les mains d'un autre que de

l'époux du disposant, ce supplément exceptionnel de disponible.

Supposons, par exemple, que le disposant ayant trois enfants, a légué un quart en nue propriété à son conjoint, et la moitié de ses biens en usufruit à un étranger.

Le conjoint, à lui seul, aurait pu recevoir ces deux legs, qui, en ce qui le concerne, n'excèdent pas la quotité disponible de l'article 1094.

Eh bien! pourtant, ces deux legs, tels qu'ils ont été répartis, n'en seront pas moins excessifs, et par conséquent réductibles!

Car, on ne pourrait les exécuter qu'en faisant porter sur la réserve l'usufruit, qui a été légué à l'étranger;

Or, à l'égard de l'étranger, l'usufruit de la réserve est indisponible;

Donc, les deux legs portent ensemble sur le disponible ordinaire de l'article 913, qui seul a fait l'objet de ces deux dispositions.

524. — *b.* Nous arrivons à l'examen de la seconde opinion que nous avons annoncée (*supra*, n° 540), et qui enseigne que la disposition faite d'abord irrévocablement en faveur de l'époux, doit toujours être imputée sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913; non-seulement lorsqu'elle a pour objet la propriété, mais encore lorsqu'elle a pour objet l'usufruit.

Paul a donné par contrat de mariage à Sophie, sa femme, l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera, lors de son décès.

Il meurt, ayant trois enfants; et par testament il a légué à l'un d'eux, par préciput, sa quotité disponible, ou la nue propriété du quart de ses biens.

Ces deux dispositions, la donation en faveur de l'époux, et le legs en faveur de l'enfant, sont-elles dans les limites de la quotité disponible? et l'enfant avantagé peut-il réclamer l'exécution de son legs?

Ou, au contraire, les deux autres enfants sont-ils fondés

à soutenir que la quotité disponible a été épuisée par la donation d'abord faite à la femme, et que le legs fait ensuite à l'enfant, entame leur réserve?

Nous proposons cette espèce, parce qu'elle est la plus usuelle et la plus importante entre toutes celles qui ont donné naissance à la solennelle controverse que nous abordons; c'est celle aussi, d'ailleurs, qui s'est présentée la première devant la Cour de cassation, et sur laquelle est intervenu l'arrêt du 7 janvier 1824, qui a inauguré la jurisprudence que nous allons entreprendre de combattre; c'est elle, enfin, qui a été l'objet de la plupart des autres arrêts, qui l'ont suivi depuis cette époque.

Eh bien! donc, une doctrine, consacrée par les plus imposants suffrages, enseigne que la quotité disponible a été épuisée par la donation de la moitié en usufruit, faite d'abord à l'époux, et que le legs fait ensuite à l'enfant ne peut pas être exécuté.

Cette doctrine est fondée sur deux arguments :

1° Le premier, le principal, consiste à dire que l'étranger ou l'enfant ne peut pas profiter de l'extension de quotité disponible, qui a été établie par l'article 1094 en faveur de l'époux.

La quotité disponible, dit-on, est déterminée, d'une manière générale, pour toute personne, par les articles 913 et 915; l'article 1094 ne concerne que l'époux; c'est dans son intérêt seulement qu'il a augmenté la quotité disponible; et cette augmentation constitue un droit qui lui est exclusivement personnel, et dont les étrangers ne sauraient invoquer le bénéfice; c'est-à-dire qu'il faut, en ce qui concerne les étrangers, faire abstraction de la qualité de l'époux et de l'article 1094, et que la donation, qui a été faite à l'époux, doit être, en ce qui les concerne, traitée absolument de la même manière que si elle avait été faite à un étranger;

Or, si la donation de l'usufruit de la moitié des biens avait été faite à un étranger, elle aurait épuisé la quotité

disponible; puisque la quotité disponible d'un homme ayant trois enfants, est du quart en propriété (art. 913) et que la moitié en usufruit équivaut généralement au quart en propriété;

Donc, il en doit être de même dans le cas où cette donation a été faite à l'époux, puisque l'époux, en ce qui concerne les autres donataires ou légataires, doit être considéré lui-même comme un étranger.

« Qu'a fait le disposant? dit M. Troplong, du même coup il a épuisé le disponible conjugal et le disponible ordinaire ; d'une part, il a donné à son conjoint l'usufruit de la moitié, c'est-à-dire l'un des deux *maximum* édictés par l'article 1094; d'autre part, comme cet usufruit équivaut, en général, au quart en propriété, il a consommé le pouvoir qu'il tenait du droit commun, pour avantager un étranger. »

2° On ajoute que cette interprétation n'est pas moins conforme à l'intention vraisemblable du disposant qu'à la loi.

La loi ouvre, en quelque sorte, au disposant, pour toutes les libéralités qu'il voudra faire, au profit de quelque personne que ce soit, de son époux ou d'un étranger, *un crédit ordinaire, un fonds commun;* et puis, en outre, elle lui ouvre, pour les libéralités plus grandes, qu'il voudra faire au profit de son époux, *un crédit extraordinaire, un fonds de réserve;*

Or, il est naturel de croire que le disposant a eu l'intention d'user d'abord du crédit ordinaire et du fonds commun, avant de recourir au crédit extraordinaire et au fonds de réserve; car c'est ainsi que la loi les lui offre : le premier, d'une manière principale; et le second, seulement d'une manière supplémentaire;

Donc, les dispositions faites par lui d'abord en faveur de son époux, doivent être imputées sur le crédit ordinaire et le fonds commun, c'est-à-dire sur la quotité disponible de l'article 913.

En conséquence, *le legs fait à l'enfant tombe dans le vide; il ne peut saisir rien de libre dans le patrimoine du défunt.* (Troplong, t. IV, n° 2600).

Telle est cette doctrine (comp. Cass., 21 juillet 1813, Sirey, 1813, I, 441; Cass., 7 janv. 1824, Sirey, 1833, I, 506; Agen, 30 août 1831, Dev., 1833, II, 148; Limoges 16 mars 1833, Dev., 1833, II, 278; Cass., 21 mai 1837, Gory, Dev., 1837, I, 273; Cass., 24 juill. 1839, de Verchères, Dev., 1839, I, 663; Besançon, 7 févr. 1840, de Verchères, Dev., 1840, II, 105; Cass., 22 nov. 1843, Goyne, Dev.. 1844, I, 69; Riom, 6 mai 1846, Terrasse, Dev., 1846, II, 397; Cass., 24 août 1846, Naquet, Dev., 1847, I, 39; Paris, 12 janv. 1848, Reyé; et 17 févr. 1848, d'Aigurande, Dev., 1848, II, 79, 83; Cass., 27 déc. 1848, Chenevaz-Paule, Dev., 1849, I, 80; Cass., 7 mars 1849, Farina et Chanaleilles, Dev., 1849, I, 338, 339; Orléans, 28 déc. 1849, de Chanaleilles, Dev., 1850, II, 199; Aix, 23 mai 1851, Chenevaz-Paule, Dev., 1851, II, 703; Agen, 7 janv. 1852, Beaumas, Dev., 1853, II, 219; Cass., 11 janv. 1853, de Chanaleilles, Dev., 1853, I, 65; Cass., 12 janv. 1853, de Charentais, Dev., 1853, I, 71; Cass., 2 août 1853, Lamarque, Dev., 1853, I, 728; Toulouse, 23 nov. 1853, Marcoul-Montbosc, Dev., 1853, II, 705; Agen, 10 juill. 1854, Mazères, Dev., 1854, II, 448; Cass., 3 juin 1863, Molis, Dev., 1863, I, 417; Troplong, *loc. supra cit.;* Duranton, t. IX, n°s 794-796; Coin-Delisle, art. 1094, n° 16; Bayle-Mouillard sur Grenier, t. IV, n° 524, note *e;* Coulon, *Quest. de Droit*, dial. 135; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 640, note 12; Beautemps-Beaupré, t. I, n°s 55 et suiv.; Saintespès-Lescot, t. V, n° 1980; Bonnet, t. III, n°s 1152 et suiv.).

525. — *c.* Nous pensons, au contraire, que le legs du quart en nue propriété fait à l'enfant ne tombe pas, comme on dit, dans le vide, et qu'il doit être exécuté en entier, concurremment avec la donation de la moitié en

usufruit faite d'abord à l'époux par son contrat de mariage.

C'est la troisième opinion que nous avons annoncée (*supra*, n° 520), et d'après laquelle la disposition faite par l'époux, en faveur de son époux, lorsqu'elle a pour objet un droit d'usufruit, doit être imputée sur la quotité disponible de l'article 1094; de manière à laisser intacte la quotité disponible en propriété au en nue propriété de l'article 913.

On a pu voir, par les citations qui précèdent (n° 524), combien est accrédité, dans la jurisprudence, le système que nous entreprenons de combattre, et que la Cour de cassation l'a toujours maintenu avec beaucoup de fermeté. M. Troplong paraît même *croire à la fin non éloignée d'un débat, qui ne doit* (suivant lui) *son existence qu'à des préjugés incompatibles avec les bases fondamentales du Code Napoléon* (*loc. supra cit.*).

Plus récemment, M. Bonnet vient d'exprimer cette confiance que « *la jurisprudence de la Cour de cassation est trop bien établie sur ce point, et qu'elle repose sur des raisons trop solides pour qu'un revirement soit jamais à craindre.* » (T. III, n° 1157.)

Est-il donc vrai que cette jurisprudence soit irréfragable, et qu'il faille la considérer comme un de ces *faits accomplis*, devant lesquels la lutte n'est plus désormais possible? (Comp. notre *Préface*, p. VI, tome I du *Cours du Code Napoléon.*)

Nous voudrions bien ne pas le croire ; et oserons-nous même le dire, nous ne le croyons pas.

On sait les résistances qu'elle a soulevées dans presque toutes les Cours impériales, principalement dans les Cours du midi, qui ont pu, en effet, le mieux en apprécier les conséquences funestes, au sein de ces provinces où le régime dotal, maintenant toujours *la dualité des fortunes des deux époux* (Benech, p. 240), le survivant n'a rien à prétendre sur les biens du prédécédé qu'en vertu des do-

nations que celui-ci a pu lui faire, et où, dès lors, un système, qui met une telle entrave aux donations entre époux, ne pouvait pas manquer de causer une émotion profonde !

Quant à la doctrine, il n'est peut-être pas de jurisprudence qui ait suscité, de sa part, des protestations plus énergiques.

Et enfin, il faut entendre tous les hommes de pratique, je veux dire ces hommes intelligents et expérimentés, dont c'est le devoir de la science de recueillir les témoignages ; quelle unanimité dans leurs vœux pour le changement de la jurisprudence !

Voilà ce qui nous porte à espérer qu'un changement, en effet, ne serait pas impossible; c'est que cette jurisprudence est telle que l'on pourrait presque affirmer qu'elle ne réussira jamais à obtenir une soumission complète ; car elle s'attaque à ce qu'il y a de plus indomptable dans le cœur humain : à l'affection conjugale ! à l'affection paternelle ! elle les froisse; elle les violente !

Il est vrai que plusieurs Cours impériales, parmi celles qui avaient d'abord le plus vivement lutté contre la jurisprudence de la Cour de cassation, sembleraient s'y être elles-mêmes, dans ces derniers temps, soumises (comp. Paris, 16 nov. 1846, Farina, Dev., 1846, II, 649; 8 janv. 1848, Farina, Dev., 1849, I, 328 ; 12 janv. 1848, Reyé, et 17 fév. 1848, d'Aigurande, Dev., 1848, II, 79 et 82 ; Toulouse, 13 août 1844, Darles, Dev., 1845, II, 38 ; 24 juin 1852, Lamarque, Dev., 1852, II, 496 ; et 23 nov. 1852, Marcoul-Montbosc, Dev., 1853, II, 705 ; Agen, 14 déc. 1846, Dev., 1847, II, 113 ; 30 juill. 1851, Dev., 1851, II, 218 ; 7 janv. 1852, Beaumes, Dev., 1853, II, 219 ; 10 juill. 1854, Mazères, Dev. 1854, II, 448).

Mais d'autres Cours persévèrent dans leurs résistances ; et il est même arrivé que la Cour de Riom, après avoir adopté d'abord la jurisprudence de la Cour de cas-

sation (6 mai 1846, Terrasse, Dev., 1846, II, 397), l'a ensuite abandonnée (21 mai 1853, Bony, Dev., 1853, II, 593).

526. — Les arguments abondent, suivant nous, contre le système de la jurisprudence ; et nous croyons pouvoir établir :

D'abord, qu'il produit des conséquences telles qu'il faudrait, pour s'y résigner, que l'on y fût contraint par un texte formel de la loi ;

Ensuite, que les moyens sur lesquels il est fondé, loin de justifier ces conséquences ne sont nullement exacts ; et que, tout au contraire, les textes mêmes de la loi et les principes s'accordent à les repousser :

1° Et d'abord, que les conséquences en soient profondément regrettables, au double point de vue de l'intérêt des familles et de l'intérêt de la société, c'est ce qui ne saurait être méconnu !

Ce système, en effet, s'attache à l'ordre chronologique des dates, dans lequel la donation en faveur de l'époux et la donation en faveur de l'enfant, ont été faites; et quand la donation en faveur de l'époux a été faite la première, fût-ce même seulement en usufruit, il décide que toute disposition ultérieure est désormais impossible en faveur d'un enfant.

Or, dans l'ordre chronologique des événements de la vie de l'homme, qui est l'ordre même de la nature, la donation en faveur de l'époux, qui est presque toujours faite par le contrat de mariage, précède la disposition en faveur de l'enfant; et c'est presque toujours aussi la moitié en usufruit qui fait l'objet de cette donation ;

D'où il résulte que l'époux, qui, suivant l'usage aujourd'hui presque universel, a fait à son époux, par contrat de mariage, donation de l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès, ne peut plus, ensuite, faire aucune disposition même en faveur de l'un de ses enfants !

C'est-à-dire que l'on aboutit à cette alternative :

Ou d'empêcher les donations par contrat de mariage, ces donations, que le législateur pourtant favorise le plus entre toutes les autres ; de les empêcher, disons-nous, à moins *que l'époux ne se jette dans la voie des avantages simulés, voie dans laquelle on ne mesure rien, et où l'intérêt des enfants que l'on veut protéger, sera gravement compromis;* c'est la réflexion de Taulier (t. V, p. 240) ; et elle est très-juste ;

Ou de priver les père et mère de la faculté de disposer, par préciput, en faveur d'un de leurs enfants, de la quotité disponible, et de leur enlever, au grand détriment du bon ordre des familles, cette précieuse sanction de leur gouvernement domestique !

M. Troplong ne paraît, il est vrai, que médiocrement touché de cette considération.

« Ce sera au père, dit-il, à veiller de plus près sur le moral de ses enfants, pour obtenir par l'éducation ce qu'il est toujours pénible d'obtenir par la crainte ou la menace. Il est certain, d'ailleurs, que la plupart de ceux qui donnent à un enfant le quart disponible, obéissent moins à des nécessités d'intimidation et de correction qu'à des préférences agnatiques, au désir de favoriser un fils plus qu'une fille, au préjugé qui place l'aîné au-dessus du cadet ;... les faiseurs d'aînés et les contempteurs de filles peuvent s'en plaindre.... » (T. IV, n° 2602.)

Mais ceci ne serait, ni plus ni moins, que la condamnation même de l'article 919, qui autorise les père et mère à disposer, par préciput, en faveur d'un de leurs enfants, de la quotité disponible ; article, qui a été inspiré au législateur par les considérations les plus puissantes, et que nul n'a mieux justifiées que M. Troplong lui-même.

Ah ! combien nous trouvons l'illustre auteur mieux inspiré lorsqu'il déclare que *l'article 919 a une importance domestique et politique, qui le rend l'un des plus graves de notre titre !* » (T. I, n° 877).

Oui ! telle est la vérité ; et il est impossible d'admettre

que ce même législateur, qui a voulu accorder aux père et mère ce moyen de récompenser et de punir, et de réparer, entre leurs enfants, les inégalités naturelles ou les revers immérités, que ce législateur, disons-nous, leur ait rendu ce moyen presque toujours impossible!

Comment! voilà deux dispositions, qui (en écartant, pour un instant, la priorité des dates), seraient, de l'aveu unanime, incontestablement irréprochables.

Paul, ayant sa femme et trois enfants, a donné à sa femme l'usufruit de la moitié de ses biens, et à l'un de ses enfants, par préciput, la nue propriété d'un quart.

Premièrement : le montant cumulé de ces deux dispositions n'excède pas le disponible le plus fort;

Secondement : ni l'un ni l'autre des gratifiés n'a reçu au delà de ce qu'il pouvait recevoir;

Troisièmement enfin : le supplément de disponible en usufruit, qui porte sur la réserve, est attribué à celui qui pouvait le recevoir, c'est-à-dire à l'époux.

Les deux dispositions, en elles-mêmes, sont donc, de quelque côté qu'on les regarde, parfaitement valables; et tout le monde, en effet, convient qu'elles auraient pu être faites ainsi.

Mais alors, comment comprendre une loi, qui dirait qu'elles seront toutes deux valables, si la disposition en faveur de l'enfant est la première, et qu'elles ne seront pas, au contraire, toutes deux valables, si la première disposition est celle en faveur de l'époux!

Non-seulement, il nous paraît impossible de trouver un motif quelconque pour expliquer une disposition pareille!

Mais cette distinction irait directement *au rebours* de la vérité des faits et de la raison! puisqu'elle choisirait, pour déclarer impossible le concours de ces deux dispositions, l'hypothèse la plus naturelle et la plus fréquente, dans laquelle ce concours doit presque toujours se produire, à savoir : celle où la donation faite par l'époux à

son époux a précédé la donation faite par le père ou la mère à son enfant !

Nous ne craignons pas de l'affirmer, une telle loi, si elle existait, mériterait d'encourir les plus sévères critiques du jurisconsulte et de l'homme d'État !

527. — 2° On prétend néanmoins que cette loi existe et qu'elle est la nôtre.

Et, pour première preuve, on objecte que ce n'est qu'en faveur de l'époux que l'article 1094 a augmenté la quotité disponible ordinaire de l'article 913; — que cette augmentation constitue une faveur personnelle à l'époux; — et que l'enfant ne doit pas pouvoir en profiter.

Il faut donc, dit-on, lorsque l'enfant se trouve en concours avec l'époux, le traiter, lui! comme s'il se trouvait en concours avec un étranger ; il faut supposer que l'époux n'existe pas, et que l'article 1094 n'est pas dans le Code; et puis se demander, dans cette supposition, ce que l'enfant pourrait avoir, si l'époux, à qui la première donation a été faite, était lui-même un étranger (comp. Marcadé; Boutry, *loc. supra cit.;* Mourlon, *Répét. écrit.*, t. II, p. 447).

Voilà, dans sa formule la plus nette, le principal argument du système que nous combattons, celui que l'on retrouve dans tous les arrêts de la Cour de cassation.

Eh bien! nous espérons pouvoir démontrer que cet argument est tout à fait inexact !

Supposez, nous dit-on, que l'époux n'existe pas ! supposez que l'article 1094 n'est pas dans le Code !

Mais, en vérité, cette supposition est absolument impossible !

L'époux est là ; sa présence est précisément l'un des faits essentiels et constitutifs de l'hypothèse sur laquelle nous discutons; il est là, disons-nous; et apparemment, nous ne pouvons pas le supprimer !

Pas plus que nous ne pouvons supprimer l'article 1094,

qui, en raison même de la présence de l'époux, accorde à son époux une quotité disponible plus forte.

Il est donc évident qu'il faut, au contraire, tenir compte de la présence de l'époux et de l'article 1094, que la présence même de cet époux rend applicable.

Il est évident aussi que la quotité disponible de l'époux, qui fera des dispositions en faveur de son époux et en faveur d'un enfant, sera plus forte que la quotité disponible de celui qui n'aurait pas d'époux, ou qui ne ferait aucune disposition en faveur de son époux.

D'où il résulte, par une nouvelle déduction non moins irrésistible, que l'enfant, qui se trouve en concours avec l'époux, obtiendra, en effet, ce qu'il n'aurait pas obtenu, s'il eût été en concours avec un étranger.

Déjà, nous avons annoncé que cette vérité est reconnue par les partisans mêmes du système que nous combattons (*supra*, n° 519).

Supposez, en effet, que la disposition de la moitié en usufruit en faveur de l'époux, et la disposition du quart en nue propriété en faveur de l'enfant, aient été faites par testament.

Si l'époux était un étranger, l'enfant ne pourrait pas obtenir, en entier, le legs du quart en nue propriété; et il y aurait lieu de le réduire, au marc le franc, avec le legs de la moitié en usufruit;

Or, le système que nous combattons, reconnaît, au contraire, que si c'est à son époux que le testateur a légué la moitié en usufruit, l'enfant obtiendra, en entier, son legs du quart en nue propriété;

Donc, il reconnaît que ce n'est pas la même chose, pour l'enfant, de concourir avec l'époux ou de concourir avec un étranger !

Aussi, Devilleneuve, rapportant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1847, y voyait-il *un commencement d'abandon, par la Cour, de sa jurisprudence antérieure* (1848, I, 231, note 1).

Et, en effet, qu'importe que la disposition ait été faite d'abord en faveur de l'époux par son contrat de mariage, et que la disposition en faveur de l'enfant n'ait été faite que postérieurement !

Que fait ici la question de date ? et quel en est l'intérêt ? Il nous est impossible de l'apercevoir !

Dès que l'on reconnaît que, dans le cas où la disposition en faveur de l'époux et la disposition en faveur de l'enfant ont été faites par testament, *le conjoint seul profite de l'extension apportée en sa faveur à la faculté de disposer* (Cass., 9 nov. 1846, Lebraly, Dev., 1846, I, 801);

Il faut nécessairement aussi reconnaître que le conjoint seul profite de cette extension, dans le cas où la disposition faite en sa faveur a précédé la disposition faite en f veur de l'enfant (*voy.* encore *infra*, n° 536).

Quand est-ce, en effet, seulement, que l'on pourrait dire que l'enfant profite de l'augmentation du disponible, établie par l'article 1094, en faveur de l'époux ?

C'est seulement dans le cas où l'enfant obtiendrait ce qui constitue, en effet, cette augmentation, c'est-à-dire l'usufruit d'une portion de la réserve des autres enfants.

Celui-là seul évidemment profite de l'augmentation du disponible, établie par l'article 1094, qni obtient, si je puis m'exprimer ainsi, ce en quoi consiste cette augmentation ;

Or, cette augmentation consiste en une portion d'usufruit, qui porte sur la réserve ;

Donc, dans tous les cas, en effet, où l'augmentation du disponible, qui consiste en un droit d'usufruit sur la réserve, se trouvera dans les mains de l'époux, il sera vrai de dire que l'époux profite seul de cette augmentation.

Dans tous les cas, disons-nous, et quelle que soit la date différente, antérieure ou postérieure, des deux dispositions ; circonstance parfaitement indifférente, toutes les fois que :

D'une part, l'enfant n'a, lui! que ce qu'il pouvait avoir d'après la quotité disponible ordinaire de l'article 913;

Et, d'autre part, que l'augmentation du disponible en usufruit sur la réserve, se trouve attribuée à l'époux.

C'est cette dernière circonstance surtout, qui est capitale et décisive!

Il ne faut pas, il ne faut jamais que l'augmentation du disponible en usufruit, qui affecte la réserve, se trouve donnée à un autre qu'à l'époux!

Mais aussi, toutes les fois que cette augmentation est donnée à l'époux, la quotité disponible ordinaire ou ce qui en reste encore libre, peut être donnée à un enfant, ou à un étranger, par quelque acte que ce soit, et à quelque époque que ce soit, antérieure ou postérieure à la donation faite en faveur de l'époux; car le disposant ne donne ainsi à l'enfant ou à l'étranger que ce qu'il peut très-légalement lui donner, en tout état de cause!

Aussi, ne pouvons-nous nous défendre d'un extrême étonnement, en voyant que M. Troplong ne tient aucun compte de cette circonstance que le supplément du disponible en usufruit se trouvera donné, soit à l'enfant ou à un étranger, soit, au contraire, à l'époux!

« *On se rappelle*, dit-il, *que le quart en usufruit portant sur la réserve, reposait tout à l'heure sur la tête d'un autre que l'époux survivant* (dans l'espèce où l'époux, ayant trois enfants, après avoir donné d'abord, irrévocablement, le quart en propriété à son époux, avait donné ensuite le quart en usufruit à un enfant, (*supra*, n° 521);

Et il ajoute : « *Dans l'espèce actuelle*, (où l'époux, après avoir donné d'abord la moitié en usufruit à son époux, a donné ensuite le quart en nue propriété à son enfant), *c'est l'époux survivant qui est appelé à jouir du quart prélevé sur la réserve, conformément au vœu du législateur.*

« MAIS CETTE NUANCE N'OFFRE AUCUNE IMPORTANCE; ET NOTRE SOLUTION NE DOIT PAS VARIER.» (T. IV, n° 2600).

Comment! ce n'est là qu'une *nuance*, et sans *importance!*

Oh! certes non; car cette *nuance*, c'est la théorie tout entière de notre Code! c'en est la base fondamentale! et nous croyons avoir prouvé que le savant auteur s'en est écarté profondément!

Le premier argument, sur lequel repose ce système, est donc, à notre avis, absolument inexact!

528. — 3° Nous croyons qu'il en est de même du second argument, qui consiste à dire que l'imputation sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913, de la donation de la moitié en usufruit faite d'abord à l'époux, est conforme à l'intention du disposant.

Nous ferons à cet argument deux réponses : l'une, de fait; l'autre, de droit.

D'abord, en fait, n'est-ce pas méconnaître les tendances les plus naturelles du cœur humain que de supposer, chez le disposant, l'intention de restreindre volontairement lui-même sa faculté de disposer et de choisir à dessein, par l'effet d'une combinaison calculée, un mode d'imputation qui doit lui lier les mains pour l'avenir?

Assurément!

Et si on consulte sa volonté naturelle et vraisemblable, ce qu'il faut supposer, au contraire, c'est qu'il a préféré le mode d'imputation qui laissait encore libre une partie de sa quotité disponible! la distinction, qu'on a voulu faire entre le *crédit ordinaire* et le *crédit supplémentaire*, en rappelant que l'on n'a généralement, recours au second qu'après l'épuisement du premier, cette distinction peut être ingénieuse; mais l'observation, que nous venons de présenter, suffit à prouver qu'elle est étrangère à notre sujet. Et d'ailleurs, ne se peut-il pas que l'époux disposant n'ait pas cru que la première donation qu'il a faite à son conjoint, épuisait sa quotité disponible ordinaire; comme s'il lui a donné, par exemple, l'usufruit, non pas d'une quotité de son patrimoine, mais d'un bien déter-

miné ? n'a-t-il pas pu croire alors, eu égard à l'état de sa fortune à l'époque de la donation, que cet usufruit n'épuiserait pas sa quotité disponible ordinaire; en fait donc, et en raison, il est impossible de fonder sur la volonté du disposant un tel mode d'imputation.

Cela n'est pas moins impossible, en droit.

Aux termes de l'article 920, les dispositions, soit entre-vifs, soit par testament, *qui excèdent la quotité disponible,* seront réductibles à cette quotité, *lors de l'ouverture de la succession;* et l'article 922, faisant l'application de ce principe, ajoute que c'est *au décès du donateur*, que l'on calcule quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, *la quotité dont il a pu disposer.*

C'est-à-dire que c'est, en effet, seulement au décès du disposant, et lors de l'ouverture de sa succession, qu'il y a lieu de rechercher si les dispositions qu'il a faites, à quelque date que ce soit, entre-vifs ou par testament, excèdent la quotité disponible, et que si, à cette époque, toutes ces dispositions ensemble ne dépassent pas cette quotité, il ne saurait y avoir lieu à réduction d'aucune d'elles, pas plus des dernières que des premières;

Or, dans notre espèce, nous avons constaté que les dispositions sont, sous ce rapport, irréprochables, puisque 1° le montant cumulé de la donation en faveur de la femme (la moitié en usufruit), et du legs en faveur de l'enfant (un quart en nue propriété), n'excède pas le disponible le plus fort; — 2° ni l'un ni l'autre des gratifiés n'a reçu plus qu'il ne pouvait recevoir; — 3° le supplément du disponible en usufruit, qui porte sur la réserve, est donné à l'époux en faveur duquel il était, en effet, seulement disponible;

Donc, *au jour du décès du donateur, lors de l'ouverture de sa succession*, l'action en réduction, mise en face de ces deux dispositions, ne saurait absolument, par aucun côté, les atteindre!

Que parle-t-on entre ces deux dispositions, de dates et de priorité?

La question d epriorité ne peut jamais s'élever que *lorsqu'il y a lieu à réduction;* elle est un mode d'exercice de cette réduction, qui implique nécessairement d'abord l'existence possible de la réduction elle-même.

Or, nous venons de prouver qu'aucune réduction n'est alors possible!

Et voilà bien ce que prouvent aussi les articles 923 et 925 :

« .... *Lorsqu'il y aura lieu à cette réduction*, dit l'ar-
« ticle 923, elle se fera en commençant par la dernière
« donation, et ainsi de suite, en remontant des dernières
« aux plus anciennes. »

Oui! voilà seulement le cas dans lequel il faut considérer l'ordre des dates; ce n'est pas pour savoir *s'il y a lieu à réduction !*

C'est, lorsqu'il est établi, d'abord, qu'il y a lieu à réduction, pour savoir dans quel ordre cette réduction doit être faite.

C'est dans le même sens que l'article 925 ajoute que : *lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou égalera la quotité disponible*, toutes les dispositions testamentaires seront caduques (*voy.* aussi l'article 926).

Et ces textes sont parfaitement conformes aux principes essentiels de toute cette matière.

Est-ce qu'il y a, du vivant du disposant, une quotité disponible et une réserve?

Est-ce que ce n'est pas seulement, *à son décès, et lors de l'ouverture de sa succession*, que cette division peut s'établir entre les deux portions de son patrimoine?

Et si cela est, comme cela est incontestablement, qu'importe à quelle date et dans quel ordre il aura fait, de son vivant, ses différentes dispositions, si, finalement, lors de son décès, toutes ces dispositions réunies n'excèdent pas sa quotité disponible!

Oui! le disposant peut, durant toute sa vie, se mou-

voir en pleine liberté, dans le cercle de sa quotité disponible la plus large; et pour que l'action en réduction soit impossible, il suffit que, lors de sa mort, toutes ses dispositions ensemble, quelles qu'en soient d'ailleurs les dates, se trouvent renfermées dans ce cercle.

On en convient, dans le cas où il a fait toutes ses dispositions par le même testament (*supra*, n° 519).

Eh bien ! il faut nécessairement aussi en convenir, dans le cas où il les a faites par donation entre-vifs.

Car, s'il y a lieu de distinguer entre la donation entre-vifs et le testament, ce n'est qu'en ce qui concerne *le mode d'exercice de la réduction;* ce n'est nullement en ce qui concerne la question de savoir s'il y a lieu, oui ou non, à la réduction.

Sur ce dernier point, au contraire, l'assimilation est complète entre la donation entre-vifs et le testament :

L'article 920 est formel :

« Les dispositions, *soit entre-vifs*, *soit par testament*, qui excéderont la quotité disponible, *seront réductibles à cette quotité, lors de l'ouverture de la succesion.* »

Aussi, croyons-nous que le système qui a prévalu dans la jurisprudence de la Cour de cassation, viole le texte même des articles 920, 922, 923 et 925 de notre Code. (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 193.)

529. — 4° Il ne viole pas moins, suivant nous, les articles 913 et 1094, lorsqu'il prétend imputer sur la quotité disponible en propriété de l'article 913, la donation faite, en usufruit, d'après l'article 1094, par l'époux à son époux.

Cette imputation, en effet, nous paraît contraire, soit à l'intention du législateur, telle qu'elle est démontrée par l'historique des travaux préparatoires, soit à l'intention du disposant lui-même.

Le législateur a réglé, dans deux textes distincts, la quotité disponible en faveur d'un enfant ou d'un étranger, par l'article 913, et la quotité disponible, en faveur

de l'époux, par l'article 1094; et il a, par cela même, voulu que les dispositions en faveur d'un enfant ou d'un étranger fussent imputables sur la première, et que les dispositions en faveur de l'époux fussent imputables sur la seconde.

Ce mode d'imputation est, en effet, la conséquence logique et naturelle de son système.

Et le disposant ! est-ce qu'il n'est pas naturel aussi de présumer que, lorsqu'il dispose en faveur d'un enfant ou d'un étranger, il entend se placer dans l'article 913 ; de même qu'il entend se placer dans l'article 1094, lorsqu'il dispose en usufruit, en faveur de son époux.

Nous disons : lorsqu'il dispose *en usufruit;* car, on sait que la quotité disponible *en propriété* de l'article 1094 est la même que celle de l'article 913 ; et, par conséquent, disposer *en propriété*, en vertu de l'article 1094, c'est disposer aussi en vertu de l'article 913; de sorte que l'imputation faite sur l'un des disponibles, réagit, en ce cas, nécessairement sur l'autre.

Or, d'après cette donnée très-simple, et suivant nous, très-vraie, rien n'est plus facile que l'imputation des dispositions faites, soit en faveur d'un enfant, soit en faveur de l'époux.

Si, ayant trois enfants, j'ai donné d'abord à mon époux le quart en pleine propriété, et que j'aie donné ensuite à l'un de mes enfants l'usufruit d'un quart, cette seconde disposition sera excessive; car le disponible en propriété, qui est le même dans ce cas pour l'enfant et pour l'époux, était épuisé en faveur de l'époux; et le supplément du disponible en usufruit de l'article 1094 ne peut pas être donné à un enfant.

Mais, au contraire, si j'ai donné d'abord à mon époux un quart en usufruit, et que j'aie donné ensuite à l'un de mes trois enfants un quart en nue propriété, ces deux dispositions devront être exécutées en entier.

Marcadé a, toutefois, enseigné une doctrine contraire;

et sa thèse est que *toutes les fois que la donation faite d'abord au conjoint est de nature à s'imputer aussi bien sur le disponible ordinaire que sur l'autre, cette donation a frappé nécessairement le disponible ordinaire* (art. 1094, n° 368); or, le quart en usufruit, donné d'abord à l'époux, est de nature à être imputé sur le disponible ordinaire, auquel le disposant n'a pas encore touché; donc, il doit, dit Marcadé, être imputé, en effet, sur ce disponible et le diminuer d'autant.

Nous n'admettons pas cet amendement, qui compromettrait notre doctrine tout entière.

Et, à notre avis, il faut, au contraire, maintenir carrément ce principe que l'époux, lorsqu'il dispose en usufruit au profit de son époux, entend se placer dans l'article 1094, de manière à se conserver intacte la quotité disponible de l'article 913.

« En effet, *l'époux qui demandera la délivrance de son usufruit,* dit fort justement M. Réquier, *fondera toujours sa demande sur l'article* 1094; *et l'enfant ne pourra fonder la sienne que sur l'article* 913; *chacun profitera donc de la quotité disponible établie en sa faveur.* » (*Revue hist. de droit franç. et étr.*, 1844, p. 9.)

Et, par conséquent, pour en revenir à l'espèce dans laquelle nous nous sommes placé dès le début de cette discussion, si, ayant trois enfants, j'ai donné d'abord à mon conjoint l'usufruit de la moitié de mes biens, je puis donner ensuite à l'un de mes enfants un quart en nue propriété!

Cette dernière déduction est irrésistible, d'après ce qui précède.

M. Troplong lui-même ne l'a-t-il pas reconnu?

« Quoi! s'écrie t-il, le disposant a donné, par contrat de mariage, la moitié de ses biens en usufruit; *et l'on voudra que ce ne soit pas là l'usage de la faculté établie par l'article* 1094! » (T. IV, n° 2603.)

Mais ce n'est pas nous, certes, qui le voulons ainsi!

C'est l'illustre auteur lui-même qui le veut, puisqu'il impute cette disposition en usufruit *sur le disponible en propriété de l'article* 913.

Et M. Troplong ajoute :

« *On ira faire une imputation partielle sur le disponible ordinaire, auquel le disposant n'a pas songé, plutôt que d'imputer la libéralité tout entière sur le disponible de l'article* 1094, *auquel elle s'adapte si naturellement !* » (*Loc. supra cit.*)

Mais, dirons-nous encore, ce n'est pas nous qui allons faire cette imputation partielle sur le disponible ordinaire.

C'est M. Troplong lui-même !

Et nous en prenons acte; car ce mode d'imputation, qu'il nous concède, c'est la ruine nécessaire de son système tout entier !

Imputons, en effet, sur le disponible de l'article 1094, cette donation de l'usufruit de la moitié faite d'abord en faveur de l'époux.

Quel va en être le résultat?

Nous trouverons qu'un quart de cet usufruit porte sur la réserve, et un autre quart sur la quotité disponible.

Donc, le quart en nue propriété de la quotité disponible reste libre !

Car, notons-le bien, l'époux n'a fait, en faveur de son époux, aucune disposition *en propriété;* il n'a donné à son époux que *de l'usufruit.*

Et, en vérité, on ne conçoit pas qu'il puisse y avoir un autre mode d'imputation possible de cette donation d'usufruit, que celui que nous venons de constater, à savoir : un quart sur la quotité disponible ordinaire, et un quart sur la réserve.

Sur quoi, en effet, imputer cet usufruit de la moitié, si on ne l'impute pas sur l'un et l'autre de ces deux quarts, qui seuls peuvent en être affectés !

530. — 5° Aussi, le système que nous combattons, est-il forcé, pour en venir à sa conclusion, de dénaturer profondément le caractère de cette donation *de la moitié*

en usufruit, et de la transformer en une donation *du quart en propriété.*

C'est le dernier argument que nous lui opposerons, et ce n'est pas le moins décisif! car cette transformation constitue, suivant nous, encore une violation formelle de l'article 1094.

L'article 1094 a établi, entre les époux, deux sortes de quotités disponibles distinctes : l'une, en propriété, c'est-à-dire en perpétuel; l'autre, en usufruit, c'est-à-dire en viager; et nous avons vu que ce sont là, en effet, deux quotités disponibles si bien distinctes, que dans le cas même où la disposition faite en usufruit au profit de l'époux dépasse la moitié, qui seule peut en être affectée, il y a lieu seulement de la réduire à cette moitié, sans que l'époux soit fondé à soutenir que l'enfant réservataire doit lui abandonner une fraction quelconque de propriété; c'est, en effet, un point certain, que l'article 917 n'est pas applicable à l'article 1094 (*supra,* n° 502);

Or, le procédé auquel le système que nous combattons, a recours, n'est autre chose que la substitution, dans la donation faite en faveur de l'époux, d'un droit de propriété, qui n'en est pas du tout l'objet, à un droit d'usufruit qui seul en est l'objet.

Donc, cette substitution, qui dénature essentiellement la condition même de la libéralité, constitue une violation de l'article 1094 et de toute la théorie sur laquelle il est fondé.

On objecte que cette conversion de l'usufruit en propriété n'est que fictive; « elle ne vient pas, dit-on, changer la nature du don; elle ne fait qu'en rechercher l'étendue; elle est un moyen de savoir si la quotité disponible a été ou non dépassée; c'est un simple calcul et non une transformation. » (Troplong, t. IV, n° 26003.)

La réponse nous paraît facile; car il est manifeste que cette conversion, prétendue *fictive*, produit les conséquences les plus dommageables, soit contre le disposant,

dont elle modifie la quotité disponible, soit contre les donataires et les légataires, qu'elle soumet à la réduction!

En effet, si cette donation de la moitié en usufruit en faveur de l'époux était prise telle qu'elle est, avec sa nature et son objet, il n'y aurait lieu à aucune réduction, puisque le disposant pouvait certainement disposer de la moitié en usufruit en faveur de son époux, et d'un quart en nue propriété en faveur de l'un de ses enfants;

Or, ce n'est qu'une donation de la moitié en usufruit qu'il a faite d'abord en faveur de son époux; il a pu la faire ainsi sans doute; et on ne contestera pas apparemment, en présence de l'article 1094, son droit de donner seulement de l'usufruit à son époux;

Donc, c'est au mépris de sa volonté très-légalement exercée, c'est arbitrairement et nous pourrions dire violemment, que l'on vient dénaturer cette donation et substituer à son objet, qui est uniquement une moitié en usufruit, un autre objet, qui serait le quart en propriété; et cela, pour rendre indisponible le quart en nue propriété, auquel il n'a pas touché, et qui est encore là pleinement disponible!

Mais ce n'est pas tout; et ce procédé de conversion d'une donation d'usufruit en une donation de propriété, constitue, en outre, la violation d'un autre principe, et de l'un des plus essentiels, à savoir: que l'estimation des donations ou des legs d'usufruit n'est admise, en aucun cas, par notre Code, pour la détermination du *quantum* de la quotité disponible; en aucun cas, disons-nous, ni pour la quotité disponible ordinaire de l'article 913; la preuve en est dans l'article 917; ni pour la quotité disponible spéciale entre époux; la preuve en est dans l'article 1094. (Comp. *supra*, n° 502; et le tome II de ce *Traité*, n°s 443 et 449).

Or, précisément, quelle est la conséquence de cette conversion que l'on veut faire de la donation d'usufruit en une donation de propriété?

C'est que, au contraire, dans tous les cas, il y aurait lieu à l'estimation de l'usufruit donné à l'époux : dans tous les cas, disons-nous; car ces sortes de donations étant très-usitées et se rencontrant aujourd'hui dans presque tous les contrats de mariage, ces estimations d'usufruit seraient désormais inévitables dans presque toutes les liquidations.

Et quelles seraient les parties entre lesquelles s'engageraient ces évaluations si délicates?

Ce seraient les enfants, d'une part, héritiers réservataires; et, d'autre part, l'époux, c'est-à-dire leur père ou leur mère, donataire de l'usufruit.

C'est au nom des enfants que l'on viendrait supputer le nombre d'années qui lui reste encore à vivre; et il faudrait visiter sa personne, scruter ses maladies les plus secrètes, pour mesurer, aussi exactement que possible, la durée probable de son existence.

Quel scandale! s'écrie M. Réquier, et quelle profanation! (*Loc. supra cit.*)

Nous sommes tout à fait de l'avis du savant magistrat; à ce point que, à supposer même que le législateur eût admis, en règle générale, l'évaluation de l'usufruit dans les autres hypothèses, nous croyons qu'il aurait dû, par exception, la défendre dans celle-ci!

Or, c'est tout le contraire qui arriverait dans le système de la jurisprudence.

Et cette évaluation de l'usufruit, que le législateur a défendue, en règle générale, dans les autres hypothèses, il l'aurait admise dans celle-ci par exception!

531. — C'est une grande preuve de sagesse et d'expérience, d'ailleurs, de la part des rédacteurs de notre Code, de n'avoir pas voulu subordonner le chiffre de la quotité disponible à ces évaluations d'usufruit, toujours si problématiques et si aléatoires.

Il faut, au contraire, que ce chiffre soit certain et bien connu d'avance; il le faut, afin que chacun de nous

puisse, en effet, lui-même d'avance, mesurer exactement l'étendue des libéralités qu'il peut faire.

Or, voilà, tout au contraire encore, ce que le système que nous combattons, rend impossible aux époux! et alors même qu'ils ne se feraient que des dispositions en usufruit, et qu'ils les renfermeraient rigoureusement dans les limites de ce disponible en usufruit, que la loi elle-même avait pris soin de leur tracer, ils ne seraient jamais sûrs, malgré tout, de ne les avoir pas dépassées!

Qu'est-ce que vaudra, en effet, à l'époque de leur mort, cette moitié en usufruit?

Il est bien impossible de le deviner; et par conséquent il leur serait impossible de faire, à coup sûr, une disposition qui ne serait pas sujette à réduction!

532. — Et non-seulement, on ne pourrait jamais être sûr du chiffre exact de la quotité disponible, *avant* le décès de l'époux disposant.

Mais pourrait-on même en être exactement sûr *après?*

Pas davantage!

Il faut remarquer, en effet, qu'aux difficultés inhérentes à toute évaluation d'un droit d'usufruit, s'ajoute encore ici une difficulté spéciale et des plus graves; c'est que les dispositions en faveur de l'époux et les dispositions en faveur d'un enfant ou d'un étranger n'étant pas soumises à la même mesure, et chacune d'elles, au contraire, devant subir la loi d'un *maximum* particulier, la réduction, telle qu'on veut la faire, y rencontre des complications presque inextricables.

On se met fort à l'aise dans les livres, en supposant toujours cette hypothèse d'un époux, ayant trois enfants, qui, après avoir donné l'usufruit de la moitié de ses biens à son époux, a laissé ensuite la nue propriété d'un quart à un enfant.

Et puis, en empruntant aussi, pour plus de facilité, à la loi spéciale de l'an VII, son procédé uniforme et expéditif d'évaluation, on conclut que la moitié en usufruit

équivalant à un quart en propriété, le legs fait à l'enfant dépasse la quotité disponible.

Nous devons reconnaître d'ailleurs (c'est même une circonstance digne de remarque), que cette hypothèse la plus simple, en effet, ou pour mieux dire la moins compliquée, est la seule qui, pendant longtemps, se soit présentée devant les Cours impériales et devant la Cour de cassation; et peut-être ce hasard singulier a-t-il pu lui-même favoriser le succès du système qui l'a emporté dans la jurisprudence.

Mais il était inévitable que la question se présentât aussi dans l'hypothèse où l'époux disposant laisserait seulement deux enfants; elle s'est, en effet, présentée; et on va voir comment le système que nous combattons est sorti de cette épreuve!

535.—Eh bien! donc, un homme ayant deux enfants, meurt, après avoir donné d'abord à sa femme l'usufruit de la moitié de ses biens et légué à l'un de ses enfants la propriété d'un quart.

Qu'est-il advenu?

C'est que deux décisions, prenant toutes les deux pour point de départ le système de la jurisprudence, sont arrivées à deux résultats tout à fait contraires!

La première fois que la question se présente, on invoque purement et simplement l'application de ce système; et on dit:

La donation d'un usufruit de moitié faite à l'époux équivaut à un quart en propriété, qui est imputable sur le disponible ordinaire de l'article 913; or, ce disponible, dans l'espèce, est d'un tiers; donc, le disposant n'a pu léguer ensuite à son enfant que la différence du quart au tiers, c'est-à-dire un douzième en propriété.

Et ce syllogisme réussit! (Comp. Orléans, 4 août 1849, de Charentais, Dev., 1850, II, 199; Cass., 12 janv. 1853, de Charentais, Dev., 1853, I, 71.)

C'est-à-dire que voilà une quotité disponible, qui se

compose : 1° de la moitié en usufruit, au profit de l'époux; 2° d'un quart en pleine propriété, au profit de l'enfant!

Mais où donc est-elle établie, cette quotité disponible ?

Dans l'article 913 ? certainement non !

Et dans l'article 1094? non plus !

Aussi, est-elle bien impossible; et, pour le démontrer, il suffit de remarquer qu'elle ne laisse pas, dans la succession, une moitié de propriété *libre* pour la réserve.

Comment ! lors même que le père ne laisse qu'un seul enfant, il faut toujours que cet enfant ait la pleine propriété de la moitié, sans qu'aucun usufruit puisse jamais s'établir sur la réserve ! et c'est lorsqu'il laisse deux enfants, qu'on prétendrait réduire *aux cinq douzièmes seulement*, c'est-à-dire à une portion plus petite que la moitié, la portion *libre* des biens affectés à leur réserve !

C'est à quoi la Cour de Paris n'a pas voulu consentir; et très-justement, sans doute !

Mais, croyant aussi devoir appliquer le système de la jurisprudence, elle a décidé que cette différence du quart au tiers (le douzième), qui reste libre après la conversion de la moitié en usufruit en un quart de propriété, subirait elle-même un autre genre de conversion, et qu'elle serait attribuée à l'enfant non pas en pleine propriété, comme elle a été léguée, mais seulement en nue propriété ! (31 mai 1861, Rouget, Dev., 1863, II, 91 ; comp. Cass., 3 juin 1863, Molis, Dev., 1863, I, 417.)

C'est-à-dire que voilà cette fois, une quotité disponible qui se compose : 1° d'une moitié en usufruit ; 2° d'un sixième en nue propriété.

Mais, répondrons-nous encore, où donc est-elle établie, cette quotité disponible ?

Et cette seconde combinaison n'est-elle pas aussi en dehors soit de l'article 913, soit de l'article 1094 ?

Cela nous paraît évident !

Voilà les solutions bizarres, contradictoires, arbitraires,

où se trouve entraîné ce système, pour vouloir absolument dénaturer le caractère de la donation d'usufruit qui a été faite à l'époux!

Que l'on prenne, au contraire, cette donation pour ce qu'elle est!

Rien de plus simple alors ni de plus logique.

Et de même que nous avons dit, dans le cas où l'époux disposant laisse trois enfants, que la donation de la moitié en usufruit faite par lui en faveur de son époux, doit s'imputer pour un quart sur le disponible ordinaire de l'article 913, et pour l'autre quart sur le disponible spécial de l'article 1094, c'est-à-dire sur la réserve; ce qui laisse libre le quart en nue propriété du disponible ordinaire;

De même, dans le cas où l'époux disposant laisse deux enfants, nous dirons que la donation de la moitié en usufruit faite par lui en faveur de son époux, doit s'imputer pour un tiers sur le disponible ordinaire de l'article 913, et pour un sixième sur le disponible spécial de l'article 1094; pour un sixième, c'est-à-dire pour la différence du tiers à la moitié, et qui portera sur la réserve; ce qui laisse libre le tiers en nue propriété du disponible ordinaire.

Nous objectera-t-on que cette quotité disponible d'une moitié en usufruit et d'un tiers en nue propriété, s'élève au-dessus du chiffre de la quotité disponible la plus forte: et de celle de l'article 913, et de celle de l'article 1094; et que, par conséquent, la doctrine que nous proposons, viole la règle généralement admise, d'après laquelle le montant cumulé des dispositions en faveur de l'époux, et des dispositions en faveur d'un enfant ou d'un étranger, ne peut pas dépasser la quotité disponible la plus forte.

Nous avons déjà répondu (*supra*, n° 510).

Oui! cette règle est vraie, en ce sens qu'effectivement, il n'y aura jamais lieu à réduction, lorsque le montant cumulé des deux dispositions n'excédera pas la plus forte des deux quotités disponibles.

Mais nous contestons l'exactitude de la règle, avec la généralité absolue, qu'on prétend lui donner, lorsqu'on ajoute qu'il y aura, au contraire, toujours lieu à réduction, lorsque la quotité la plus forte aura été dépassée.

Cette règle, ainsi formulée, n'est écrite nulle part; et c'est une démonstration qui a été très-bien fournie par M. Réquier, dans l'article que nous avons déjà cité (*Revue historique de Droit franç. et étr.*, p. 22, 25).

Ni les textes de la loi, ni les principes ne réclament cette règle, qui, portée jusqu'à cette exagération, est elle-même devenue l'une des causes de toutes les complications qui embarrassent et qui obscurcissent aujourd'hui notre matière!

Ce qui résulte, au contraire, des textes et des principes, c'est que la portion d'usufruit, qui forme, d'après l'article 1094, le supplément du disponible en faveur de l'époux, peut toujours être pris sur la réserve, et que, par conséquent, ce supplément peut s'ajouter toujours, dans sa nature d'usufruit, à la quotité disponible ordinaire de l'article 913!

Voilà, suivant nous, le vrai système de notre Code.

Et alors, plus de ces transformations arbitraires d'une donation d'usufruit en une donation de propriété! Par suite, plus de ces évaluations toujours arbitraires aussi, et aléatoires des droits d'usufruit! Plus enfin de ces complications inextricables, dans lesquelles se débat, et sans issue, le système de la jurisprudence!

Rien, au contraire, de plus logique et de plus facile!

534. — Nous ajoutons : rien de plus conforme à la véritable intention du disposant; c'est la réponse que nous avons déjà faite à l'un des arguments que l'on invoque en faveur du système de la jurisprudence (*supra*, n° 528).

Si nous y revenons, c'est que la pratique, très-constante aujourd'hui, y a fait la réponse la plus décisive; et, après avoir démontré que ce système est en dehors

des textes et des principes, nous ne croyons pas pouvoir mieux conclure qu'en démontrant qu'il n'est pas moins en dehors de la vérité des faits et des besoins de la société!

Que l'on interroge la plupart des contrats de mariage; et l'on y verra des clauses, qui sont là comme une incessante protestation!

C'est ce que Benech avait pressenti, lorsqu'il consacrait *la quatrième partie* de son étude sur l'article 1094, *aux moyens à prendre pour tourner les effets de la jurisprudence.* (P. 443 et suiv.)

On pourrait éprouver d'abord quelque émotion à voir un très-honorable jurisconsulte s'employer, *ex-professo*, à découvrir les moyens de tourner la jurisprudence.

Tourner la jurisprudence! c'est précisément le procédé du principal personnage d'une comédie du théâtre moderne, qui sait pratiquer l'usure à merveille, sans se compromettre avec la loi du 3 septembre 1807; et si son fils lui objecte qu'il *la tourne* : « *donc, je la respecte!* » répond-il.

Mais cette *trop habile* manière de respecter la loi, ne saurait être qu'à l'usage de *maître Guérin;* et pas un jurisconsulte ne se trouverait pour la proposer!

Aussi, que l'on se rassure; notre regretté collègue ne propose, en effet, rien de pareil; ce qu'il offre aux époux, c'est *une manière licite* de ne pas encourir les conséquences du système, qui a, jusqu'à ce jour, prévalu.

Et voilà comment cette observation devient aussi l'un des plus sérieux arguments contre ce système.

En effet, ce qu'il déclare nul, n'est pas, en soi, défendu; cela est, au contraire, très-permis! ces deux dispositions faites par un époux ayant trois enfants : l'une, de la moitié en usufruit, en faveur de son époux; l'autre, du quart en nue propriété, en faveur de l'un de ses enfants ou d'un étranger, ces deux dispositions, disons-nous, peuvent très-légalement concourir; le tout est dans

la manière de faire; et il s'agit seulement de savoir s'y prendre!

Or, dans ces conditions, nous n'éprouvons, non plus, aucun scrupule à indiquer par quels moyens il est permis de se soustraire aux conséquences d'un système, qu'on peut résumer, en disant qu'il enchaîne, sans motif et sans raison, la liberté du disposant, en présence d'une quotité disponible, qui est là toujours libre!

Voici donc ces moyens :

535. — Est-ce par le contrat de mariage, (comme il arrive aujourd'hui presque toujours), que la donation est faite par l'époux en faveur de son époux?

Il faut insérer une clause par laquelle le donateur déclarera *qu'il entend ne maintenir le don fait à son époux de l'usufruit de moitié, qu'à cette condition qu'il ne sera exécuté que tout prélèvement fait du don ou du legs qu'il pourra faire à un enfant ou à un étranger.*

Cette clause, dont nous empruntons la formule à Benech (p. 476), nous paraît valable, en vertu des articles 1086 et 1093, d'après lesquels la donation par contrat de mariage peut être faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur (comp. Valette, *le Droit* du 11 mars 1846).

Ce n'est pas ainsi, toutefois, que les clauses de ce genre sont conçues dans le plus grand nombre des contrats de mariage; et, le plus généralement, on y trouve que l'époux, en donnant à son époux l'usufruit de la moitié de ses biens, déclare seulement se réserver la faculté de disposer du quart ou du tiers en nue propriété en faveur de l'un de ses enfants ou d'un étranger; c'est-à-dire qu'il déclare imputer la donation qu'il fait à son époux sur le disponible spécial de l'article 1094, afin de pouvoir imputer sur le disponible ordinaire de l'article 913, le don ou le legs qu'il pourra faire à son enfant ou à un étranger (comp. Caen, 26 mars 1843, Massieu, Dev., 1843, II, 455).

Mais nous ne croyons pas que la clause ainsi formulée soit valable. Il n'appartient pas au disposant d'étendre sa quotité disponible au delà des limites marquées par la loi; et, si la loi, en effet, décidait que la donation de la moitié en usufruit faite d'abord à l'époux, est imputable sur le disponible ordinaire, par le motif que le système de la jurisprudence en donne, que l'enfant ou l'étranger ne doit pas profiter du disponible spécial de l'article 1094, l'époux disposant ne saurait changer ce mode d'imputation, ni faire profiter l'enfant ou l'étranger de la quotité spéciale établie seulement en faveur de l'époux. (Comp. Benech, p. 478; Marcadé, art. 1094; Colmet de Santerre, t. IV, n° 181 *bis*, V.)

Ce qu'il faut donc, c'est que, par la clause insérée dans le contrat de mariage, la donation faite à l'époux se trouve, elle-même, affectée d'une condition résolutoire potestative, par suite de laquelle le donateur ait la faculté de la faire descendre au second rang, dans l'ordre chronologique de ses libéralités.

536. — Mais il se peut qu'aucune clause n'ait été insérée dans le contrat de mariage, et que la donation de l'usufruit de la moitié ait été faite, en faveur de l'époux, purement et simplement.

Il faudra, dans ce cas, que, pendant le mariage, l'époux donateur fasse, à l'un de ses enfants ou à un étranger, la donation ou le legs de la nue propriété de la quotité disponible ordinaire; et qu'il fasse, en faveur de son époux, soit une nouvelle donation, soit un legs de l'usufruit de cette même moitié, qu'il lui a donné par son contrat de mariage.

Ensuite, lors de sa mort, l'époux avantagé renoncera à la donation de l'usufruit de la moitié, qui lui a été faite par le contrat de mariage ; et il acceptera la donation ou le legs de l'usufruit, qui lui aura été fait depuis le mariage.

Et si l'on se récrie que cette prétendue renonciation à

la donation contractuelle est frauduleuse, et que tout ceci n'est qu'un jeu!

La Cour de cassation répondra que : « .... *la femme « qui a deux titres pour exercer le même droit, ne commet « aucune fraude à la loi, quand elle choisit celui des deux « titres qui lui convient le mieux; — Que le choix de la « femme, respectable quand même il serait arbitraire,* était « commandé, dans la cause, par un intérêt positif et lé« gitime.... » (3 juin 1863, Molis, Dev., 1863, I, 417.)

Il nous est impossible de ne pas remarquer encore combien cet arrêt fait apparaître, de plus en plus, le désaccord, osons-nous dire? la contradiction, que nous avons déjà signalée dans le système de la jurisprudence, qui admet, en même temps :

D'un côté, que la disposition de la moitié en usufruit faite d'abord irrévocablement en faveur de l'époux, et la disposition du quart en nue propriété faite ensuite en faveur de l'enfant ne peuvent pas concourir, parce que, dit-on, l'enfant profiterait, dans ce cas, du disponible spécial que l'article 1094 n'a établi qu'en faveur de l'époux;

Et, d'un autre côté, que ces deux dispositions peuvent concourir, lorsqu'elles ont été faites par testament.

Notons bien, en effet, que c'est la même quotité disponible, *la nue propriété du quart*, qui va être attribuée à l'enfant, en concours avec l'époux *légataire de l'usufruit;* la même absolument, qui aurait été attribuée à cet enfant, en concours avec l'époux *donataire de l'usufruit;*

Et il est, dès lors, de toute évidence que s'il eût, en obtenant cette nue propriété, dans son concours avec l'époux *donataire*, profité d'un disponible spécial à l'époux, il en profitera tout autant dans son concours avec l'époux *légataire;*

Comme, pareillement, en sens inverse, dès que l'on convient qu'il n'en profite pas encore dans son concours avec l'époux *légataire*, il faut nécessairement convenir

aussi qu'il n'en aurait pas profité non plus dans son concours avec l'époux *donataire !*

Et telle est la vérité, puisque le disponible spécial de l'article 1094 ne consiste que dans *un supplément d'usufruit* portant sur la réserve.

Or, dans l'un comme dans l'autre cas, que l'époux soit *donataire* ou qu'il soit *légataire,* il est manifeste que l'enfant, légataire seulement *de la nue propriété de la quotité disponible ordinaire*, ne profite pas de ce disponible spécial ! (*supra*, n° 527).

537. — Supposons maintenant que la donation de l'usufruit de la moitié a été faite à l'époux, non par le contrat de mariage, mais pendant le mariage.

L'époux donateur, ayant trois enfants (c'est toujours le même exemple), veut-il disposer ensuite du quart en nue propriété au profit de l'un de ses enfants ou d'un étranger ?

Rien de plus simple.

Il doit révoquer d'abord la donation qu'il a faite à son époux (art. 1096); — faire ensuite à l'un de ses enfants ou à un étranger la donation du quart en nue propriété; — et puis après, refaire la donation de la moitié en usufruit à son époux.

Le résultat de cette évolution sera le changement dans le numéro d'ordre des donations.

L'époux, qui était au premier rang, descendra au second; sa donation, qui était la première, deviendra la dernière !

Et, tout sera pour le mieux !

Mais, en vérité, quand un système est conduit à de tels résultats, ne doit-on pas s'en défier de plus en plus sérieusement ?

Et n'est-il pas toujours temps de se demander si les textes et les principes nous l'imposent ?

Nous souhaitons vivement qu'il en soit temps encore ! (Comp. Lyon, 10 févr. 1836, de Verchères, Dev.,

1836, II, 177; Riom, 2 avril 1841, Verdier, Dev., 1841, II, 328; Toulouse, 28 janv. 1843, Roquefort, Dev., 1843, II, 194; Grenoble, 13 déc. 1843, Barnel, Dev., 1844, II, 100; Toulouse, 13 août 1844, Darles, Dev., 1845, II, 38; Grenoble, 15 juill. 1845, Farina, Dev., 1846, II, 449; Toulouse, 12 févr. 1846, Béral, Dev., 1846, II, 115; Paris, 16 nov. 1846, Farina, Dev., 1846, II, 649; Agen, 14 déc. 1846, Derrey, Dev., 1847, II, 114; Agen, 30 juill. 1851, Ribeyrolles, Dev., 1853, II, 218; Toulouse, 24 juin 1852, Lamarque, Dev. 1852, II, 495; Riom, 21 mai 1853, Bony, Dev., 1853, II, 591; Paris, 10 déc. 1864, Taillebois; Agen, 16 déc. 1864, Souriguère, Dev., 1865, II, 25, 26; Carette et Devilleneuve, *Collec. nouv.* VII, I, 363; Delvincourt, t. II, p. 220; Guilhon, t. II, n° 226; Vazeille, art. 1094, n° 7; Toullier, t. III, n° 871 *bis*; Taulier, t. IV, p. 442; Pont, *Revue de Législat.*, 1842, t. XVI, p. 211 et suiv., et 1844, t. XIX, p. 260; Molinier, *Revue étrangère*, 1842, t. IX, p. 10 et suiv.; Ballot, *Revue de Droit français et étr.*, 1847, t. IV, p. 480; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 612, 614; Paul Gilbert, *Cod. civ. annoté*, art. 1094, n° 16; Casanova, *Traité des dispositions entre époux* n°s XXIII et XXVI; Eugène Lauth, *De la quotité disponible entre époux*, n° 268.)

538. — III. Nous voici arrivé à la dernière question, que nous avons posée, à savoir : de quelle manière on doit procéder à la réduction des dispositions en faveur de l'époux et des dispositions en faveur d'un enfant ou d'un étranger, lorsqu'elles sont, en effet, réductibles (*supra*, n° 508).

La réponse est bien simple; c'est évidemment d'après les règles du droit commun que ces dispositions doivent être réduites, de la même manière que toutes les dispositions qui excèdent la quotité disponible; car notre Code n'a pas établi, en ce qui les concerne, de règles spéciales; d'où il suit que les articles 923 et suivants sont

applicables à cette hypothèse de réduction comme à toutes les autres.

Et, dans le système, que nous avons proposé, l'application de ces articles à notre hypothèse, ne soulève aucune difficulté particulière.

539. — Mais il n'en est pas ainsi dans les systèmes dissidents, que nous avons combattus.

On va voir combien les conséquences de ces systèmes ont réagi sur cette question de savoir de quelle manière la réduction doit être opérée, et les embarras qu'elles y ont produits.

Ce n'est pas, toutefois, lorsque les dispositions, soit en faveur de l'époux, soit en faveur de l'enfant ou de l'étranger, ont été faites entre-vifs, que ces difficultés se produisent; d'après tous les systèmes, on applique, dans ce cas, purement et simplement l'article 923, qui porte qu'il n'y aura lieu de réduire les donations entre-vifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; et que lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite, en remontant des dernières aux plus anciennes.

540. — C'est l'application de l'article 926 qui est devenue la source de toutes les difficultés qui embarrassent les systèmes dissidents, dans le cas où la disposition en faveur de l'époux et la disposition en faveur de l'enfant ont été faites soit par un même acte de donation, soit par testament.

Paul, ayant trois enfants, laisse un testament par lequel il a légué à sa femme l'usufruit de la moitié de ses biens, et à l'un de ses enfants, par préciput, la propriété d'un quart.

La quotité disponible est dépassée, puisqu'elle n'était, au *maximum*, que d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit.

De quelle manière devra être faite la réduction de ces deux legs?

Dans notre système, rien de plus facile.

L'époux prélèvera, d'abord, le quart en usufruit qui porte sur la réserve; ce quart, en effet, n'est disponible que pour lui; et en ce qui concerne l'enfant, il ne fait pas partie de la quotité disponible.

Ensuite, l'époux et l'enfant viendront, au marc le franc, sur le quart qui forme la quotité disponible de l'article 913 : le conjoint, pour son quart en usufruit; et l'enfant, pour son quart en propriété; et chacun d'eux subira, sur l'objet de son legs, une réduction proportionnelle.

Ainsi, soit une fortune de 80 000 francs.

Legs à l'époux de la moitié en usufruit;

Legs, par préciput, à l'enfant, d'un quart en pleine propriété.

L'époux prélève d'abord son usufruit jusqu'à concurrence de 20 000 francs sur la réserve.

Reste la quotité disponible ordinaire, qui est de 20 000 francs, et sur laquelle se trouvent en concours :

L'usufruit de l'époux, que nous estimerons hypothétiquement à.	10 000 fr.
Et la pleine propriété de l'enfant, qui est de	20 000
Total des deux legs	30 000 fr.

A acquitter sur un disponible de 20 000 francs.

La réduction proportionnelle est toute simple; et elle sera faite entre l'époux et l'enfant, comme elle serait faite entre deux légataires étrangers; car, en tant que l'époux concourt avec des légataires étrangers sur la quotité disponible ordinaire, il n'est lui-même qu'un étranger.

Ce procédé nous paraît tout à fait conforme aux textes de notre Code et aux principes sur lesquels ils sont fondés.

541. — Mais c'est tout autrement, que procèdent les systèmes dissidents.

Ils ne mettent pas seulement en présence le legs *de la moitié en usufruit* tel qu'il a été fait à l'époux, et le legs du *quart en pleine propriété*, tel qu'il a été fait à l'enfant.

Ils mettent en présence un legs de la quotité disponible la plus large de l'article 1094, à savoir : *du quart en pleine propriété et du quart en usufruit*, et un legs du *quart en pleine propriété;*

C'est-à-dire qu'ils évaluent d'abord au quart en pleine propriété la moitié en usufruit léguée à l'époux; puis ils y ajoutent le quart en usufruit, qui complète la quotité disponible de l'article 1094.

Et alors, on voit la complication qui surgit!

C'est que la réduction qu'il s'agit d'opérer, ne porte plus sur deux dispositions soumises à la même mesure; tout au contraire! elle porte sur deux dispositions, dont chacune est soumise à une mesure spéciale, et doit subir la loi d'un *maximum* particulier.

Le moyen, après cela, d'appliquer à toutes les deux la réduction *proportionnelle*, qui est ordonnée par l'article 926! (Comp. le tome II de ce *Traité*, n° 471.)

Voilà une masse composée de deux éléments distincts, et à chacun desquels ceux qui doivent subir une réduction *proportionnelle*, n'ont pas également droit!

Aussi, faut-il voir les systèmes dissidents aux prises avec cette complication, qui les met dans l'alternative : soit de traiter trop bien celui des légataires qui n'a droit qu'au disponible le plus faible, soit de traiter trop mal celui des légataires qui a droit au disponible le plus fort! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 223; Toullier, t. III, n° 872; Coin-Delisle, art. 1094, n° 18; Marcadé, art. 1100, n° 111; Boutry, n°s 497 et 504; Troplong, t. IV, n°s 2614-2619.)

Preuve nouvelle, suivant nous, et décisive encore, que le système, qui a prévalu dans la jurisprudence, est en dehors des articles de notre Code et des principes!

L'article 1094 n'établit pas, entre époux, une seule quotité disponible; il en établit deux, au contraire, très-distinctes : l'une en propriété; l'autre en usufruit; et, par conséquent, lorsque l'époux a disposé seulement en usufruit, c'est seulement eu égard à sa quotité disponible en usufruit, que la réduction doit être faite.

Nous ajoutons que, d'après les principes essentiels sur lesquels repose la théorie de notre Code en cette matière, jamais ce supplément de disponible en usufruit, que l'article 1094 ajoute, en faveur de l'époux, au disponible ordinaire, ne saurait faire partie de la masse sur laquelle s'opère la réduction proportionnelle des legs; car ce supplément doit être, dans tous les cas, en dehors de la quotité disponible, à l'égard des autres légataires.

De deux choses l'une, en effet :

Ou l'époux en a disposé en faveur de son époux; et alors, celui-ci le prélève, de façon que la masse disponible sur laquelle la réduction doit agir, est, pour lui comme pour les autres, uniquement la quotité disponible ordinaire;

Ou l'époux n'a pas disposé en faveur de son époux du supplément en usufruit qui porte sur la réserve; et alors, il n'en peut pas être question; et si l'époux est légataire, ce ne peut plus être aussi que sur la quotité disponible ordinaire (comp. *supra*, n°s 521, 522, 523).

542. — Le savant annotateur de Grenier, M. Bayle-Mouillard, suppose l'espèce suivante :

« Le disposant laisse trois enfants. Par un premier acte de donation, il a attribué à un étranger ou à l'un des enfants la moitié de sa fortune totale; par un second acte, il a gratifié son conjoint survivant de l'usufruit du reste. Il est clair que soit l'article 913, soit l'article 1094, ont été débordés.

« Comment, dit-il, se fera la réduction ? »

Et voici sa réponse :

« Si on applique, sans modification, la règle générale (art. 923), la donation faite au conjoint sera entièrement emportée; et l'on réduira au quart celle qui a été faite à l'étranger. — Au lieu de cela, ne faut-il pas procéder distinctement à deux réductions, c'est-à-dire laisser un quart à l'étranger, et octroyer à l'époux un quart en usufruit? serait-il équitable et rationnel de lui enlever tous les avantages de sa position? là où il y a deux disponibilités, ne doit-il pas y avoir deux ordres de réduction? l'article 923 n'y met pas obstacle; car il a été écrit pour le cas d'une seule et même disponibilité.... » (Sur Grenier, t. IV, n° 584, note *a*.)

Nous le croyons ainsi, quoique Coin-Delisle ait enseigné une solution contraire (art. 1094, n° 16).

Ce n'est pas que l'argument de M. Bayle-Mouillard, tel du moins qu'il le formule, nous paraisse tout à fait exact; nous ne consentons pas à dire qu'il y a là *deux disponibilités*, qui seraient absolument distinctes. La *disponibilité en propriété* est, au contraire, la même, relativement à l'époux et à l'étranger; ce qui est différent, relativement à l'époux, c'est la *disponibilité* d'un supplément *en usufruit*, qui peut porter sur la réserve, et qui se trouve ainsi en dehors de la disponibilité ordinaire (comp. Toulouse, 1er fév. 1827, Turle, D., 1828, II, I; Benech, p. 373).

545. — Jusqu'à présent, nous avons supposé l'hypothèse, où la disposition en faveur de l'époux a été faite *per modum universalis*, de la moitié en usufruit, par exemple, ou d'un quart en propriété, affectant, de la même manière, l'ensemble du patrimoine, les meubles comme les immeubles.

Mais il peut arriver que l'époux dispose, en faveur de son époux, de la pleine propriété de ses meubles et de l'usufruit de ses immeubles.

Et alors s'élève, en ce qui concerne la manière dont la

disposition doit être réduite, en cas d'excès, une autre difficulté, qui est aussi fort délicate.

Paul, ayant des enfants, a laissé à sa femme la propriété de ses meubles et l'usufruit de ses immeubles.

Cette disposition est excessive, puisqu'il ne pouvait disposer que d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit ou de la moitié en usufruit seulement.

Mais comment la réduire?

Supposons que la valeur des meubles est d'un *huitième* de sa succession, et la valeur des immeubles des sept autres *huitièmes*.

Quatre procédés différents pourraient être proposés; et ils ont été, en effet, proposés dans les instances, auxquelles cette difficulté a donné lieu.

I. On a prétendu qu'il fallait attribuer à l'époux donataire le quart en propriété et le quart en usufruit de tous les biens, soit meubles, soit immeubles.

En effet, a-t-on dit, la disposition excessive doit être ramenée dans la limite du disponible le plus étendu; et il faut laisser au conjoint donataire le *maximum* de ce que son conjoint pouvait lui donner; or, son conjoint pouvait lui donner le quart en propriété et le quart en usufruit de tous ses biens sans distinction; donc, c'est à cette mesure seulement que la disposition excessive doit être restreinte.

C'est le système qui avait été admis par un jugement du tribunal civil de Vire du 11 mai 1861 (Esneu, Dev., 1862, II, 362).

Mais au point où nous en sommes, il est, par avance, démontré que cette transformation du caractère de la disposition est impossible, et qu'on ne saurait attribuer à l'époux sur les immeubles un droit de propriété; tandis que la disposition, au contraire, ne lui a attribué qu'un droit d'usufruit; l'article 917 est, en effet, inapplicable à l'article 1094 (*supra*, n° 502).

Considérant, dit très-justement l'arrêt de la Cour de Caen, que le mode de réduction adopté par le premier juge et consistant à donner au mari la quotité la plus étendue, un quart en propriété et un quart en usufruit de la totale succession, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, a pour effet de transformer la nature de la donation, en donnant au mari donataire une certaine quantité d'immeubles en toute propriété, quand le donateur avait voulu que, en aucun cas, la nue propriété de ses immeubles pût appartenir au donataire.... » (14 mai 1862, Dev., *loc. supra cit.*)

544. — II. Un second système consisterait, au contraire, à opérer la réduction, séparément et distributivement, sur les meubles et sur les immeubles ; et par conséquent, à attribuer à l'époux sur les meubles, un quart en propriété et un quart en usufruit, et sur les immeubles, la moitié en usufruit.

Ce système, beaucoup plus sérieux que le premier, a été présenté par M. Bertault, d'abord dans une *Consultation* du 30 octobre 1848, à laquelle nous avons nous-même adhéré, et ensuite dans deux articles de la *Revue pratique de Droit français* (1862, t. XIII, p. 87 et 106).

Le disposant a fait une seule donation qui s'applique divisément, de deux manières différentes soit aux meubles, soit aux immeubles; et dès lors, n'est-ce pas se conformer à sa volonté que de maintenir, dans le mode de réduction, en même temps que l'*unité* de la donation, la *dualité*, s'il est permis de dire ainsi, des éléments qui la composent, avec la différence que le donateur lui-même a établie entre eux.

Cet argument, en effet, nous paraît très-fort; et il devrait même, à notre avis, assurer le succès de ce second système, si les termes de la donation lui venant en aide, témoignaient que telle a été la volonté du donateur ; aussi, est-ce particulièrement sur les termes de l'acte de

donation, que les Conseils du 30 octobre 1848 se fondaient.

Nous devons ajouter, toutefois, que, en thèse générale, ce système ne serait pas le nôtre ; nous pensons que c'est avec raison, qu'on lui adresse ce double reproche : soit de faire deux masses distinctes et d'admettre simultanément un double mode de réduction, contrairement à l'article 922, qui n'admet qu'une seule masse et un seul mode de réduction ; soit de ne point accorder finalement à l'époux ce qui lui a été donné et ce qui pouvait, en effet, lui être donné.

545. — III. D'après un troisième système, qui a été présenté, devant la Cour de Caen, par M. l'avocat général Farjas, il faudrait :

1° Attribuer à l'époux la pleine propriété du mobilier, dès que la valeur de ce mobilier n'atteint pas le quart de toute la succession (nous supposons, comme on sait, que la valeur du mobilier est d'un *huitième; supra*, n° 543) ;

2° Réduire son usufruit *au quart des immeubles* (comp. Dev., 1862, II, 361).

Mais c'est là un procédé de réduction, dont il nous est difficile de nous rendre compte.

Pourquoi donc seulement l'usufruit du *quart* des immeubles ?

Est-ce que l'époux n'a pas pu donner à son époux l'usufruit *de la moitié* de ses immeubles ?

Assurément ! (Art. 1094).

Or, dans l'espèce, il lui a donné l'usufruit *de la totalité* de ses immeubles ;

Donc, *a fortiori*, de *la moitié!* et nous ne saurions admettre une réduction, qui va au delà de cette limite !

546. — IV. Voici enfin le quatrième système, qui a été consacré par la Cour de Caen.

La pleine propriété des meubles, qui forment le *huitième* de la valeur de la succession totale, il faut l'accor-

der à l'époux à qui elle a été donnée, et à qui elle a pu être donnée.

Quant à l'usufruit des immeubles, il faut lui en accorder *trois huitièmes*, à savoir : *deux huitièmes* ou le quart auquel il aurait droit, si la propriété des meubles qui lui a été donnée, équivalait elle-même au quart ; et *un huitième*, en quelque sorte supplémentaire, pour compléter, en usufruit, sur les immeubles, ce qui manque, dans les meubles, au quart en propriété qui lui a été donné; ce qui compose la donation d'un huitième en propriété sur les meubles, et de trois huitièmes en usufruit sur les immeubles.

Cette combinaison, qui peut, à première vue paraître singulière, est toutefois, finalement la meilleure, dans le cas que nous supposons, où le disposant ne s'est pas lui-même expliqué, en prévision du cas où sa libéralité serait réductible; elle a l'avantage de se maintenir dans la règle de l'article 922, et de laisser à l'époux donataire ce que vraisemblement l'époux disposant, puisqu'il n'a rien dit, a entendu lui laisser.

M. Feuguerolles, qui l'a soutenue, fait justement remarquer que ce huitième supplémentaire en usufruit sur les immeubles doit d'autant plus être concédé, que l'auteur de la disposition aurait pu donner ce même huitième en pleine propriété (comp. Caen, 14 mai 1862, Brionne, Dev., 1862, II, 361; Feuguerolles *h. l.*, *Observations;* Cass., 28 mai 1862, Labajouderie, Dev., 1862, I, 881 ; Billaudelle, *Revue pratique de droit français*, 1862, t. XIII, p. 505 et suiv.).

547. — Une dernière observation nous reste à présenter.

C'est que l'évaluation de l'usufruit donné ou légué, dans le cas où elle est nécessaire, doit être faite, dans chaque espèce, d'après les circonstances particulières, eu égard à l'âge, à la santé, aux habitudes, à la profession de l'usufruitier.

Et voilà bien ce qui rend ces sortes d'évaluations si incertaines, et si aléatoires !

Il est vrai que la loi du 22 frimaire an VII a évalué, par une disposition uniforme, la valeur de l'usufruit à la moitié de la valeur de la propriété.

Mais c'est là une disposition spéciale, qu'il était nécessaire d'établir comme règle fixe de perception, afin d'assurer le recouvrement des droits de mutation, et de prévenir les contestations et les entraves, que les évaluations d'usufruit auraient, sans cela, suscitées à tout instant, entre les contribuables et le Trésor public.

Aussi, est-il généralement reconnu aujourd'hui que si cette règle peut servir d'analogie dans les matières de droit privé, elle n'y est pas obligatoire; ou plutôt même que la règle y est toute contraire, et que c'est, en fait, que l'évaluation de l'usufruit doit toujours y avoir lieu.

C'est une démonstration, d'ailleurs, que nous avons déjà fournie (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit*, t. II, n° 227 *bis ;* Paris, 10 déc. 1864, Taillebois ; et Agen, 16 déc. 1864, Souriguière, Dev., 1865, II, 25, 26; Réquier, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1864, p. 13, 14 ; Benech, p. 376; Boutry, n° 411 ; Troplong, t. IV, n° 2609, Bonnet, t. III, n° 1139).

B. — *De la quotité disponible entre époux ayant des enfants d'un précédent mariage.*

SOMMAIRE.

548. — Exposition. — Texte de l'article 1098.
549. — Historique.
550. — Suite.
551. — Suite. — Première rédaction de l'article 1098.
552. — Cet article établit une règle non pas de capacité personnelle, mais de disponibilité réelle. — Conséquences.
553. — Exposition. — Division.

548. — Le nouveau mariage du père ou de la mère, devenu veuf, est toujours, pour les enfants, qu'il a eu de son mariage antérieur, un événement grave, et qui les expose à un double danger.

Aussi, après avoir pourvu à la protection de leurs personnes (art. 380, 381, 395, 396, 399; comp. notre *Traité de la Puissance paternelle*, n°s 321 et 345; et notre *Traité de la Minorité*, *de la Tutelle*, etc., t. I, n° 118);

Le législateur va-t-il pourvoir à la protection de leur

fortune, ou, plus exactement, de leurs droits héréditaires futurs.

Tel est le but de l'article 1098, qui est ainsi conçu :

« L'homme ou la femme, qui, ayant des enfants d'un « autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, « ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'en- « fant légitime le moins prenant, et sans que, dans au- « cun cas, ces donations puissent excéder le quart des « biens. » (Ajout. art. 206, 386.)

549. — L'origine de cette disposition remonte au droit romain; et c'est dans le titre du Code, *De secundis nuptiis*, qu'on trouve les premiers fondements du droit privé sur cette matière.

Deux règles y avaient été posées :

1° La femme veuve, ayant des enfants, et qui se remariait, devait conserver, pour les leur transmettre, tous les biens qui lui avaient été donnés, à quelque titre que ce fût, par son premier mari; et cette règle, que la Constitution de Théodose le Grand n'appliquait, en effet, d'abord qu'à la femme (L. *fœminæ*, 3, Cod. *Tit. supra cit.*), fut ensuite étendue, par une Constitution de Théodose II et de Valentinien III, au mari veuf avec enfants. (L. 5, Cod. *h. t.;* ajout. Nov. 22, chap. XXVI).

2° Le père ou la mère, veuf avec enfants, *pater materve*, qui se remariait, ne pouvait donner à son nouvel époux, *novercæ vel vitrico*, qu'une part d'enfant le moins prenant, (L. *hac edictali*, 6, Cod. *h. t.;* ajout. L. 5, L. 8, § 1, *h. t.;* L. 11. Cod. *de Repud.;* Nov. 22, cap. 23, 26, 30 et 34; Nov. 98, cap. 2).

550. — Dans notre ancienne jurisprudence française, les deux règles romaines étaient généralement observées par les provinces de droit écrit.

Mais ce fut seulement en 1560, qu'elles furent introduites dans les provinces coutumières, par le célèbre *Édit des secondes noces*, rendu par François II, sous les inspirations du chancelier de Lhôpital.

Cet Édit avait aussi deux chefs :

D'après le premier chef, les femmes veuves, ayant enfants, ou enfants de leurs enfants, si elles passaient à de nouvelles noces, ne pouvaient, en quelque façon que ce fût, donner de leurs biens à leurs nouveaux maris, plus qu'à l'un de leurs enfants ou enfants de leurs enfants; mais, quoique l'Édit ne mentionnât expressément que les femmes, la jurisprudence l'avait étendu aux hommes, *qui ne devaient pas*, dit Ricard, *se plaindre de cette extension, attendu qu'elle ne les regarde qu'en tant qu'ils témoigneront autant de faiblesse que les femmes*, (Part. III, nº 1189.)

D'après le second chef de l'Édit, les femmes veuves étaient tenues de réserver aux enfants communs d'entre elles et leurs défunts maris, les biens qu'elles avaient reçus d'eux à titre gratuit; et cette fois, c'était l'Édit lui-même qui ajoutait que la même règle était applicable *aux biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes*.

Ces dispositions d'ailleurs, parurent, dès ce temps, si sages, que plusieurs coutumes les adoptèrent, lors de leur réformation (comp. Paris, 279; Orléans, art. 253; Amiens, art. 107; Lebrun, *des Successions*, tit. II, chap. VI; Ferrières, cout. de Paris, art. 279; Ricard, Part. III, chap. IX, nºˢ 1107 et suiv.; Pothier, *du Contrat de mariage*, Part. VII, chap. II, nºˢ 532 et suiv.; Merlin, répert. vº *Secondes noces*; Ch. Duverdy, *Recherches sur la quotité disponible dans l'ancien droit français*, *Revue historique de droit français et étranger*, 1856, p. 57 et suiv.).

551. — Telles étaient, sur ce sujet, les traditions anciennes, lorsque les rédacteurs du Code Napoléon eurent à s'en occuper.

L'art. 176 du projet reproduisait d'abord les deux chefs de l'Édit, en ces termes :

« L'homme ou la femme, qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage,

ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, *et en usufruit seulement.*

« Il ne pourra disposer, à titre gratuit ou onéreux, des immeubles qu'il a recueillis de son époux ou de ses époux précédents, tant que les enfants issus des mariages desquels sont provenus ces dons, existent. » (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 270.)

Mais ce dernier alinéa, qui semblait reproduire le second chef de l'Édit, a été supprimé, avec beaucoup de raison, suivant nous ; car il était contraire aux principes nouveaux de notre droit, sous un double rapport : soit parce que, en même temps qu'il recherchait l'origine des biens, il grevait l'époux remarié d'une véritable substitution, en faveur des enfants de son premier lit (art. 732, 896) ; soit parce qu'il créait des inégalités choquantes entre ces enfants qui, pour être de lits différents, n'en sont pas moins tous du même père ou de la même mère (art. 745 ; comp. *infra*, n° 565).

Voilà pourquoi notre Code n'a maintenu que le premier chef, dans l'article 1098, que nous avons à étudier.

552. — Constatons d'abord le caractère de cette disposition, et qu'elle constitue une règle, non pas de capacité personnelle, mais de disponibilité réelle.

Il est vrai que l'article 1098 paraît être conçu, comme auraient dit les Romains, *in personam ;* à la différence des articles 913 et 915, qui sont, au contraire, conçus *in rem ;* et pour prétendre qu'il décrète une incapacité personnelle, on pourrait ajouter qu'il a pour cause la défaveur avec laquelle la loi considère les seconds ou subséquents mariages, et qu'on doit y voir une sorte de peine infligée par elle au veuf ou à la veuve, qui se remarie (comp. Coin-Delisle, art. 1098, n° 2).

Mais cet aperçu serait inexact.

Notre Code, sans doute, n'a pas voulu encourager les seconds mariages, comme il fait des premiers mariages ; mais on ne saurait avancer qu'il les considère toujours,

et en quelque sorte, de parti pris, avec une telle défaveur, qu'il ait décrété des *peines* contre ceux qui se remarient! une loi, qui se placerait à ce point de vue radical, ne serait ni juste ni sage; car s'il y a des seconds mariages, que la raison et les convenances désapprouvent, (et nous reconnaissons qu'il y en a beaucoup!) souvent aussi, pourtant, il arrive qu'ils sont raisonnables, et que même le veuf ou la veuve ne s'y décide que dans l'intérêt des enfants de son premier lit, dans l'intérêt de leur éducation ou de leur fortune (*voy.* sur cette thèse, la belle étude de M. Troplong : *de l'Influence du christianisme*, part. II, chap. III et IV).

Ce qui est vrai seulement, c'est que le législateur a voulu veiller à l'intérêt de ces enfants, que le nouveau mariage de leur auteur pourrait souvent compromettre; chacun sait, en effet, les objections et les difficultés que rencontre presque toujours le veuf ou la veuve ayant des enfants, lorsqu'il veut se remarier, et qu'il n'y réussit qu'aux prix d'avantages considérables qu'il lui faut faire à son nouvel époux!

Et puis, souvent l'âge est venu; les affaires sont déjà réglées; et il n'y a plus rien dans la quotité disponible!

Autant de dangers particuliers de cette situation, et qui exigeaient des garanties particulières.

Voila le but de l'article 1098, qui, de même que l'article 1094, dont la rédaction est à peu près semblable, établit une quotité disponible spéciale entre époux.

Règle, disons-nous, de disponibilité réelle, et non pas de capacité personnelle.

D'où la conséquence que, pour apprécier le sort de la disposition faite en faveur du nouveau conjoint, il faut se placer, non pas à l'époque de sa confection, mais à l'époque du décès du disposant.

C'est-à-dire qu'elle n'est pas nulle, mais seulement sujette à réduction ou à *retranchement* (art. 920, 921; 1496, 1527; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 193).

553. — Nous devons examiner sur ce sujet deux points principaux, à savoir :

D'abord, dans quel cas l'article 1098 est applicable ;

Ensuite, en quoi consiste la quotité disponible spéciale qu'il établit ; et de quelle manière elle doit être appliquée.

554. — La condition, nécessaire, pour qu'il y ait lieu à l'application de l'article 1098, c'est que l'homme ou la femme qui se remarie *ait des enfants*, ou plus exactement, *qu'il laisse, à son décès*, des enfants d'un autre lit (art. 913).

555. — Et, par conséquent, lorsqu'il n'en laisse pas, aucune restriction spéciale ne limite sa faculté de disposer au profit de son nouvel époux, soit qu'il n'existe pas d'enfants de leur commun mariage, soit qu'il en existe ; c'est alors le droit commun qui est applicable (art. 913, 915, 1094).

556. — Il s'agit ici d'enfants *légitimes*, puisqu'on les suppose issus d'un précédent mariage ;

Ou *légitimés*, puisque les enfants légitimés par le mariage subséquent ont les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage (art. 333 ; comp. notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n° 367).

557. — Et non-seulement des enfants au premier degré, mais aussi des petits-enfants, à quelque degré que ce soit, d'un enfant prédécédé.

L'Édit de 1560 s'appliquait textuellement aux femmes veuves *ayant enfants ou enfants de leurs enfants*.

Tel est aussi le sens que les rédacteurs de l'article 1098 ont attaché au mot *enfants ;* et s'ils ne l'ont pas expliqué, c'est que l'explication sans doute leur a paru inutile (art. 745, 914; comp. Caen, 6 janv. 1845, l'Administr. des domaines, Dev., 1845, II, 393).

558. — Paul était veuf, lorsque son fils est mort, laissant sa femme enceinte.

Et c'est avant l'accouchement de sa belle-fille, que Paul s'est remarié.

La belle-fille est accouchée ensuite.

Son enfant, le petit-enfant de Paul, dont le fils était dejà décédé avant le nouveau mariage de son père, et qui, lui-même, n'était pas encore né avant ce nouveau mariage de son grand-père, pourra-t-il invoquer l'application de l'article 1098 ?

Assurément! car s'il n'était pas né, il était conçu ; et l'enfant conçu est réputé né, lorsqu'il s'agit de ses droits (art. 725; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, n° 174; Merlin, *Repert.*, v° *Secondes noces*, § VII, art. 1, n° 1 ; Grenier, t. IV, n° 679; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 620).

559. — Que les enfants naturels de l'homme ou de la femme, qui se remarie, ne puissent pas invoquer l'article 1098, la preuve en résulte du texte non moins que de ses motifs; et cela, sans qu'il y ait lieu de distinguer à quelle époque il les a eus, soit avant son mariage, soit depuis.

Il en serait de même d'un enfant naturel, qu'un enfant légitime prédécédé du veuf ou de la veuve remarié, aurait laissé (art. 756). (Comp. *supra*, n° 498 *bis*; Cass., 12 juin 1866, Calmettes, Dev., 1866, I, 319).

560. — Quant à l'enfant adoptif, la question est controversée; d'éminents jurisconsultes enseignent que son existence ne donne pas lieu à l'application de l'article 1098, et qu'il ne peut pas l'invoquer de son propre chef.

Mais nous sommes plus porté à admettre la doctrine contraire; et nous en avons déjà fourni les motifs (dans notre *Traité de l'Adoption*, n° 163 ; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 162; Saintespès-Lescot, t. V, n° 2023).

561. — L'article 1098 peut être invoqué par les enfants *d'un autre lit :* non-seulement donc par les enfants d'un premier lit, mais encore par ceux d'un second lit ou d'un troisième lit.

Voilà ce qui résulte encore de notre texte dont les

termes s'appliquent à l'homme ou à la femme, *qui contractera un second ou subséquent mariage.*

C'est que, en effet, il y a autant de raisons, ou même il y a plus de raisons encore pour protéger les enfants d'un second lit contre un troisième mariage, et les enfants d'un troisième lit contre un quatrième mariage, que pour protéger les enfants d'un premier lit contre un second mariage !

562. — C'est, avons-nous dit, une réserve spéciale, que l'article 1098 établit, en faveur des enfants d'un autre lit (*supra*, n° 552).

D'où il faut conclure :

1° Que ces enfants n'ont, du vivant de leur auteur, aucune action, à raison des libéralités excessives, qui auraient pu être faites par lui à son nouvel époux ; (Limoges, 27 mai 1867, Bonnange, Dev., 1867, II, 337) ;

2° Que, après la mort de leur auteur, aucune action ne peut naître, en leur personne, qu'autant qu'ils deviennent ses héritiers, c'est-à-dire qu'autant qu'ils lui survivent et qu'ils acceptent sa succession, ou qu'ils n'en sont pas exclus comme indignes (art. 913, 915, 920 et suiv.).

563. — Cette double déduction, qui nous paraît certaine, a toutefois été contestée.

1° C'est ainsi d'abord que l'on a prétendu que, dès avant l'ouverture de la succession de leur auteur, les enfants du premier lit étaient fondés, du moins dans le cas de la séparation de biens, à intervenir dans l'instance en liquidation des droits respectifs des époux, afin de veiller à la conservation de leur future réserve.

Mais nous croyons avoir établi déjà que cette doctrine ne saurait être admise, si ce n'est dans ces cas exceptionnels (comp. le tome II de ce *Traité*, n°s 199, 200).

564. — 2° On a même prétendu que les enfants du premier lit pouvaient, après le décès de leur auteur, exercer, même en renonçant à sa succession, l'action en

réduction contre les libéralités par lui faites à son nouvel époux.

Telle était l'ancienne doctrine, que les jurisconsultes les plus autorisés fondaient autrefois sur l'Édit de 1560 (Ricard, Part. III, n° 978; Pothier, *du Contrat de mariage*, n°s 568 et 590; *des Donations entre-vifs,* sect. III, art. 7, § 8; Renusson, *de la Communauté*, Part. I, chap. III, art. 80).

Or, dit-on, puisqu'il en était ainsi dans les pays de coutume, où régnait pourtant la maxime : *non habet legitimam nisi qui hæres est*, on doit décider encore que cette action est attribuée à la qualité d'enfant, *jure sanguinis*, *jure naturali* (comp. Grenier, t. IV, n° 706; Troplong, t. IX, n° 2723).

Mais cette doctrine, qui déjà, dans l'ancien droit, nous aurait paru contestable, est évidemment, suivant nous, inadmissible dans le droit nouveau :

1° C'est, en effet, aujourd'hui une règle certaine, que la résevre est une partie de la succession, et que les réservataires n'y ont droit qu'en qualité d'héritiers (art. 718, 913, 915, 920, 921, etc.; comp. le tome II de ce *Traité*, n° 50);

Or, ce qui n'est pas moins certain, c'est que l'article 1098 établit une réserve en faveur des enfants du premier lit;

Donc, cette réserve est une partie de la succession, à laquelle ils ne peuvent prétendre qu'autant qu'ils se portent héritiers.

Cet argument est d'autant plus décisif, que la réserve établie par l'article 1098, n'est, en définitive, que la même réserve qui est établie par l'article 913; à ce point qu'elle se confond absolument avec elle, lorsque le veuf ou la veuve laisse trois enfants, puisque le disponible est alors du quart, soit d'après l'article 913, soit d'après l'article 1090!

Et à quel titre donc les enfants du premier lit au-

raient-ils l'action en réduction, si ce n'était à titre d'héritier?

M. Troplong répond : *en qualité d'enfants, jure sanguinis, jure naturali!*

Mais vraiment, est-ce que c'est là une *manière d'acquerir*, sous l'empire de notre Code! (Art. 711 et suiv.)

Aussi, faut-il voir les contradictions de la doctrine contraire, s'efforçant de distinguer entre les *renonçants* et les *indignes*, pour accorder aux uns l'action en réduction et la refuser aux autres! (Troplong, t. IV, n°s 2724, 2725.)

Distinction impossible, dès qu'on se place en dehors de la succession et de la qualité d'héritier!

2° Pothier, autrefois, voulant démontrer qu'il n'était pas nécessaire que les enfants du premier lit fussent héritiers de leur mère, pour demander le retranchement de la donation, qu'elle avait faite à son nouveau mari, disait que leur mère *avait mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation;* que l'objet donné *ne se trouvait plus dans sa succession;* et que dès lors ses enfants n'avaient pas besoin d'être héritiers pour avoir ce qui doit en être retranché (*loc. supra cit.*).

Mais, d'abord, cet argument ne pouvait s'appliquer aux biens légués par testament, qui sont certainement dans la succession.

Il faut ajouter même qu'il était inexact, en ce qui concerne les biens donnés entre-vifs; car, précisément, l'action en réduction a pour but de faire rentrer dans la succession les biens donnés entre-vifs, en tant qu'ils excèdent la quotité disponible, de les y faire rentrer dans l'intérêt relatif des réservataires.

Est-ce que, d'ailleurs, cet argument ne pourrait pas être présenté dans tous les cas, et à quelque personne que la donation entre-vifs eût été faite? d'où il résulterait que pour intenter l'action en réduction, il ne serait jamais nécessaire d'être héritier!

C'est le contraire qu'il faut dire, et qu'il est toujours nécessaire d'être héritier pour l'intenter (Comp. Toullier, t. III, n° 880; Duranton, t. IX, n° 818; Coin-Delisle, art. 1098, n° 7; Vazeille, art. 1078, n° 14; Ancelot sur Grenier, *loc. supra cit.;* Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 630; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, I.)

565. — Ce qu'il importe de remarquer, c'est que l'article 1098 ne restreint la faculté de disposer qu'à l'égard *du nouvel époux.*

Il est vrai que l'article 1100 établit, à l'égard de certaines autres personnes, une présomption légale d'interposition; mais c'est là précisément ce qui démontre que ces personnes elles-mêmes ne sont pas incapables, et qu'elles pourraient, au contraire, recevoir, si elles n'étaient pas présumées interposées dans l'intérêt du *nouvel époux.*

D'où il faut conclure que le veuf ou la veuve, ayant enfants d'un précédent mariage et qui s'est remarié, n'en conserve pas moins la faculté de disposer, jusqu'à concurrence de la quotité disponible ordinaire, soit au profit d'un étranger, soit au profit des enfants de son précédent mariage, soit même au profit des enfants issus de son mariage avec son nouvel époux.

Cette dernière déduction, toutefois, avait paru d'abord contestable; Ricard nous apprend que *ç'a été une grande question de savoir* si l'édit de 1560 était applicable *aux enfants communs, que la femme, qui avait convolé en secondes noces, avait de son second mari...*; et pour l'affirmative, on disait qu'il importe de défendre les enfants du premier mariage, non-seulement contre *la prédilection* de la mère *pour son second mari*, mais aussi contre sa prédilection pour les enfants *de son second mariage*, qui n'est elle-même que la conséquence de son entraînement pour son second mari, *vers lequel ses affections sont tournées....* (Part. III, n° 1232.)

Cette considération sans doute n'était pas sans force;

l'on peut craindre que le nouvel époux abuse de son influence pour obtenir, en faveur de ses enfants, des avantages au préjudice des enfants du premier lit de son époux.

Mais déja pourtant, la doctrine contraire, qui était du reste conforme à la Novelle 22 de Justinien, avait aussi prévalu dans notre ancien droit (Ricard, *loc. supra cit.*, nos 1233, 1234).

Et elle est aujourd'hui d'autant plus incontestable, que notre droit nouveau a voulu, de plus en plus, maintenir l'égalité entre les enfants du même père ou de la même mère, lors même qu'ils sont issus de lits différents (comp., art. 745, 1098, 1100; comp., *supra*, n° 551).

566. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que le disponible ordinaire des articles 913-915 et le disponible spécial de l'article 1098 ne peuvent pas être cumulés.

Ce que nous avons dit pour démontrer l'impossibilité de ce cumul, dans le cas de l'article 1094, est aussi applicable au cas de l'article 1098.

D'autant plus qu'il n'y a pas, à vrai dire, dans ce dernier cas, un disponible spécial, comme le supplément en usufruit, qui, dans l'article 1094 se distingue, en effet, spécialement du disponible ordinaire.

La quotité disponible de l'article 1098 est, au contraire, de tous points, la même, sauf seulement la mesure, que la quotité disponible de l'article 913; et dès qu'elle est la même, il est évident qu'il ne saurait y avoir de cumul, par la raison toute simple que l'on ne peut disposer deux fois de la même chose !

567. — Il s'ensuit que, dans le cas où il y a lieu à la réduction des libéralités faites par le veuf ou la veuve avec enfants, soit à son nouvel époux, soit à des étrangers, il faut appliquer les règles ordinaires, telles qu'elles sont écrites dans les articles 923 et suivants, en tenant compte seulement de la différence qui existe dans la mesure de la quotité disponible au profit du nouvel époux, et de la quotité disponible au profit des étrangers.

Ainsi, par exemple, est-ce par testament que le veuf ou la veuve, remarié, a fait, en faveur de son nouvel époux et en faveur d'autres personnes, des libéralités qui excèdent ensemble la quotité disponible ordinaire?

Il faudra appliquer l'article 926 ; et toutes les dispositions devront être réduites au marc le franc, avec cette différence, que si la disposition en faveur du nouvel époux excédait la quotité restreinte, dont l'article 1098 permet de disposer à son profit, il y aurait lieu préalablement de la réduire à cette quotité.

568. — Si c'est par des donations entre-vifs, que le veuf ou la veuve a disposé, il faudra appliquer l'article 923.

Les donations faites par lui à des étrangers, sont-elles les premières en date? il n'aura pu disposer ensuite de rien au profit de son nouvel époux si elles ont épuisé le disponible ordinaire; et dans le cas contraire, il n'aura pu disposer, à son profit, que de ce qui restait libre de ce disponible, sous la condition de ne pas dépasser le disponible de l'article 1098.

Si c'est, au contraire, la donation faite au nouvel époux, qui est la plus ancienne, de deux choses l'une :

Ou elle n'a pas dépassé le disponible restreint de l'article 1098; et alors, le veuf ou la veuve, remarié, a pu disposer au profit d'une autre personne, de l'un de ses enfants par préciput, ou d'un étranger, de la différence entre ce disponible et le disponible ordinaire;

Ou elle a dépassé le disponible de l'article 1098; et alors aussi, les dispositions que le veuf ou la veuve, remarié, aurait faites au profit d'autres personnes, pourraient être exécutées dans la mesure de cette différence; en ce sens que ces personnes seraient fondées à en demander l'exécution, sauf aux enfants à exercer l'action en réduction contre le nouvel époux (comp. *supra*, n° 514; Lyon, 14 mai 1813, Sirey, 1814, I, 344; Cass., 2 févr. 1819, Sirey, 1819, I, 271; Cass., 21 juill. 1821, Dev.,

et Carr., collect. nouv., IV, I, 399; Duranton, t. IX, n° 815; Troplong, t. IV, n[os] 2708, 2709).

569. — Une objection grave et qu'il est nécessaire de signaler, peut s'élever toutefois, dans le cas où la donation faite au nouvel époux est la plus ancienne.

Primus, par exemple, veuf avec cinq enfants d'un premier lit, s'est remarié; et par contrat de mariage, il a donné à sa seconde femme une valeur de 10 000 fr.; supposons que cette donation avait pour objet un bien présent.

Il meurt ensuite; et la masse des biens donnés à sa seconde femme et des biens existants est de 60 000 francs; il laisse ses cinq enfants et sa seconde femme; et par testament, il a légué à un étranger ou à l'un de ses enfants, par préciput, une somme de 5000 francs.

S'il n'avait pas fait de testament, sa seconde femme aurait eu droit à une somme de 10 000 francs, puisque le donateur, ayant laissé 60 000 francs et cinq enfants, la part d'enfant qui lui revient, à elle, considérée comme un sixième enfant, est de 10 000 francs.

Mais voici que le légataire réclame la délivrance de son legs de 5000 francs : la quotité disponible du défunt était, dit-il, du quart, c'est-à-dire de 15 000 francs, sur les 60 000 francs qu'il a laissés; or, la donation qu'il a faite d'abord à sa seconde femme, n'est que de 10 000 fr.; donc, il reste encore 5000 fr. disponibles, qui doivent m'être délivrés (art. 913).

Et alors la seconde femme de se récrier que la donation que son mari lui a faite par contrat de mariage, était irrévocable et qu'il n'a pas pu y porter atteinte par une disposition postérieure (art. 1081, 1083); or, c'est ce qui arriverait, si le legs était exécuté; car il ne resterait plus à partager, entre elle et les cinq enfants, que 55 000 francs, qui ne donneraient à chacun, pour son sixième, que 9166 fr. 66 cent.; et, par conséquent, la donation de 10 000 fr., qui lui a été faite, se trouverait avoir été révoquée d'autant!

Le conflit paraît flagrant entre deux principes également certains, savoir : celui qui exige que l'on respecte, dans toute son étendue, la quotité disponible ; et celui qui protége l'irrévocabilité des donations !

Nous avons entendu soutenir, avec une vive conviction, que c'était, en effet, le principe de l'irrévocabilité de la donation qui devait prévaloir ; — que le legs de 5000 fr. ne pouvait donc pas être exécuté ; — et que si les enfants obtenaient ainsi une part plus forte que leur réserve, ils le devaient à cette combinaison singulière, d'où il résulte que la donation faite au second époux n'a pas pu être révoquée, et qu'ils ont droit à une part égale à la sienne (comp. Pothier, *Du Contr. de mar.*, n° 609).

Mais qui donc alors formera, contre le légataire, la demande en réduction?

Les enfants? mais ce legs n'entame pas leur réserve !

Le nouvel époux? mais il n'a pas de réserve, lui ! il n'est qu'un donataire ; et, entre lui et le légataire, la seule question est de savoir si les deux libéralités dépassent la quotité disponible ; or, la quotité disponible, qui est de 15, n'a pas été dépassée par la donation qui est de 10, et par le legs qui est de 5.

Nous croyons donc que le legs devra être exécuté.

Quant à l'objection, qui consiste à dire que voilà un échec au principe de l'irrévocabilité de la donation, nous y ferons deux réponses.

Nous disons d'abord que Primus, le donateur, n'a pas *révoqué* par le legs de 5000 fr. la donation de 10 000 fr., qu'il avait faite à sa seconde femme ; il n'a rien repris, lui ! de ces 10000 fr. qu'il avait donnés ; si la donation n'est pas exécutée tout entière, ce n'est point par sa volonté ; au contraire ! c'est malgré sa volonté ; car la réduction même qui l'atteint en présuppose encore l'existence ; et cette réduction, en effet, ne l'anéantit que dans les relations du nouvel époux avec les enfants, par suite de l'espèce de rapport dont il est tenu envers eux pour

le règlement de la succession, dans laquelle il ne peut obtenir lui-même qu'une part d'enfant.

Nous disons, en second lieu, que, même en tant que l'on pourrait reconnaître, dans le legs, un certain effet révocatoire de la donation, Primus aurait encore eu le droit de le faire; car, il y a ici une question d'interprétation ; il s'agit de savoir ce que Primus a eu l'intention de donner à sa seconde femme, et quelle est l'étendue de sa donation; or, ce qu'il est naturel de présumer, c'est qu'il a voulu seulement lui conférer un droit, dont le *minimum* sera égal à la réserve de ses enfants; de manière à ne pas s'interdire la faculté de disposer de la portion de quotité disponible qui ne correspond pas à la réserve; il n'a donc fait qu'user de son droit, en léguant la différence.

Voilà, en effet, l'interprétation qui est admise dans une autre hypothèse, qui offre avec celle-ci quelque ressemblance : un père, en mariant sa fille, déclare que, si elle décède avant lui sans postérité, et que son gendre lui survive, celui-ci aura, dans sa succession, l'usufruit de la part que sa fille aurait eue, si elle lui avait survécu; eh bien! on s'accorde à reconnaître que le père, s'il laisse deux enfants, lors de son décès, sans compter sa fille prédécédée, ne sera pas obligé de laisser à son gendre l'usufruit du tiers de ses biens, mais qu'il suffira qu'il lui laisse l'usufruit des trois quarts du tiers, parce que la donation doit être interprétée en ce sens qu'il s'est, lors du contrat de mariage, réservé le droit de disposer, dans toute son étendue, de sa quotité disponible aussi bien à l'égard de son gendre qu'à l'égard de sa fille. (Comp. Caen, 10 mars 1864, Mulot, *Jurisprud. des arrêts de Caen et de Rouen*, 1864, p. 215.)

Notre honorable collègue, M. Colmet de Santerre, remarque aussi, fort justement, que le principe de l'irrévocabilité est observé moins rigoureusement dans les donations par contrat de mariage, qui admettent, en effet,

des conditions potestatives de la part du donateur (t. IV, n° 278 *bis*, VII ; comp. Paris, 19 juill. 1833, Guilbeau, Dev., 1833, II, 397; Troplong, t. IV, n° 2712),

570. — A plus forte raison, la solution qui précède, serait-elle exacte, dans le cas où la donation aurait été faite au nouvel époux pendant le mariage, puisque ces donations ne sont pas irrévocables (art. 1096).

571. — L'article 1098, en décidant que le veuf ou la veuve ayant enfants ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant le moins prenant, ajoute que, en aucun cas, ces donations ne pourront excéder le quart des biens.

Cette addition est de droit nouveau; elle n'existait pas dans l'ancien droit; et même elle ne se trouvait pas d'abord dans le projet de Code civil.

L'article 176 du projet n'autorisait, en faveur du nouvel époux, que les donations *en usufruit seulement;* mais il n'y apportait aucune autre limite que celle *d'une part d'enfant légitime le moins prenant* (comp. *supra*, n° 551 ; Fenet, t. XII, p. 415).

Une double modification y fut faite; et en même temps que l'on autorisa les donations *même de propriété*, il fut décidé qu'elles ne pourraient pas excéder le quart des biens.

C'est M. Berlier qui proposa cette modification, afin d'empêcher que, s'il n'y avait que deux enfants ou même un seul enfant, le nouvel époux pût avoir, par le partage, le tiers ou même la moitié de la succession (Fenet, t. XII, p. 415).

Cet amendement constitue, suivant nous, une amélioration notable; et ce qui nous paraît en résulter, c'est qu'il témoigne, de la part du nouveau législateur, l'intention de restreindre plutôt que d'étendre la quotité disponible en faveur des nouveaux époux.

Cette observation ne sera pas sans importance pour la solution d'une difficulté, que la nouvelle rédaction de l'article 1098 a fait naître.

572. — Il s'agit de savoir si le veuf ou la veuve, avec enfants, qui contracte plusieurs mariages successifs, ne peut disposer, au profit de tous ses nouveaux époux collectivement, que d'une part d'enfant?

Ou, au contraire, s'il peut disposer, au profit de chacun d'eux, d'une part d'enfant, sous la condition seulement de ne pas dépasser la quotité disponible?

On s'accordait généralement, dans notre ancien droit, à décider qu'une part d'enfant était le *maximum* du disponible en faveur de tous les nouveaux époux.

Pothier est, à cet égard, très-explicite :

« Lorsqu'une femme ayant des enfants d'un premier mariage, a passé successivement à différents mariages, et qu'elle a fait successivement des donations à ses second, troisième et quatrième maris, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu à la réduction de l'Édit, que la donation faite à l'un desdits maris excède la part de l'enfant le moins prenant; il suffit que toutes ces donations ensemble excèdent cette part; car l'Édit ne dit pas : *ne peuvent donner* A CHACUN *de leurs nouveaux maris;* mais il dit : *ne peuvent donner* A LEURS NOUVEAUX MARIS *plus qu'à un de leurs enfants;* ce qui signifie qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins prenant; c'est pourquoi, si une femme avait donné à son second mari quelque chose qui équivalait à cette part, les donations faites aux autres seraient entièrement nulles; ayant donné au second tout ce que la loi lui permettait de donner à ses nouveaux maris, il ne lui restait plus rien à donner aux autres. »

Et il cite la doctrine conforme de Ricard (*du Contrat de mariage*, n° 566).

Mais cette question est fort controversée dans notre droit nouveau; elle n'a pas fait naître moins de trois systèmes :

I. Le premier enseigne que le veuf, ayant enfants, peut

donner à ses nouveaux époux ensemble toute la quotité disponible ordinaire, sous la condition seulement que chacun d'eux n'aura pas au delà d'une part d'enfant le moins prenant.

Par exemple, qu'un veuf, ayant un enfant, donne le quart à une seconde épouse, et puis un autre quart à une troisième, quelle est la disposition de la loi qui se trouve blessée? aucune; ce n'est pas celle de l'article 913, puisque le disponible ordinaire n'est point dépassé; ce n'est pas non plus celle de l'article 1098, puisque aucune des deux épouses n'a reçu au delà de la quotité fixée par cet article.

Cette doctrine est celle de Duranton (t. IX, n° 804), qui la fonde sur ce que l'article 1098 ne dit pas, comme l'Édit de 1560, *à leurs nouveaux maris* collectivement, au pluriel, mais qu'il dit, au contraire, *à son nouvel époux*, au singulier et individuellement (ajout. Taulier, t. IV, p. 246).

II. Le second système admet aussi cet argument; et il en déduit la conséquence que chacun des nouveaux époux peut, successivement et individuellement, recevoir une part d'enfant.

Mais il prétend que ces donations successives et individuelles ne peuvent pas ensemble dépasser le quart des biens; c'est ce qui résulte, dit-il, du texte même de l'article 1098, qui porte que, *en aucun cas*, ces donations ne peuvent dépasser le quart (comp. Bugnet sur Pothier, t. VI, p. 248; Demante, t. IV, n° 278; Colmet de Santerre, *h. l.*, n° 278 *bis*, XI).

III. Enfin, d'après le troisième système, que nous croyons devoir proposer, le veuf avec enfants ne peut aujourd'hui, sous l'empire du Code, comme autrefois sous l'empire de l'Édit, donner à tous ses nouveaux époux ensemble qu'une part d'enfant le moins prenant.

Nous venons de constater, en effet, que notre Code est plus restrictif encore que l'Édit (*supra*, n° 571); et pour

admettre qu'il y eût dérogé, au contraire, sur cette question, dans un sens extensif, il faudrait que la preuve en résultât soit du texte de l'article 1098, soit des travaux préparatoires.

Or, il est, à notre avis, impossible de l'y trouver.

D'abord, quant au texte, remarquons que, si l'article 1098 ne dit pas : *à ses nouveaux époux*, il ne dit pas non-plus : A CHACUN *de ses nouveaux époux;* or, c'est cette formule que Pothier aurait considérée comme nécessaire, pour que chacun des nouveaux époux pût recevoir successivement une part d'enfant; l'article 1098 dit : *à son nouvel époux*, formule très différente, qui n'implique pas que chacun des nouveaux époux puisse individuellement recevoir cette quotité disponible, que l'article 1098 continue à fixer, comme elle l'a toujours été, d'une manière invariable, à une part d'enfant.

Il est vrai que l'article ajoute : *sans que, dans aucun cas,* CES DONATIONS *puissent excéder le quart des biens ;* mais il n'en résulte pas qu'il suppose plusieurs donations successivement faites à de nouveaux époux; et les mots : *ces donations*, peuvent s'entendre en ce sens qu'ils désignent les espèces de donations dont il s'agit, c'est-à-dire celles qui sont faites par l'homme ou la femme, qui ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage.

Cette interprétation même est confirmée par les travaux préparatoires; et voici en quels termes M. Bigot-de-Préameneu s'exprimait dans l'*exposé des motifs :*

« *On a maintenu cette sage disposition*, que l'on doit encore moins attribuer à la défaveur des seconds mariages qu'à l'obligation où sont les père et mère, qui ont des enfants, de ne pas manquer, à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de la paternité. Il a été réglé que, *dans ces cas*, LES DONATIONS *au profit du nouvel époux* ne pourront excéder une part d'enfant légitime, et que, *dans aucun cas, ces donations*

ne pourront excéder le quart des biens. » (Fenet, t. XII, p. 573.)

Nous concluons donc que, en effet, tous les nouveaux époux ensemble ne peuvent recevoir qu'une part d'enfant, et que si cette part a été donnée à un second époux, il ne peut plus être ensuite rien donné à un troisième. (Comp. Merlin, *Répert.*, v° *Secondes noces;* Delvincourt, t. II, p. 7, art. 3, 112, note 6; Toullier, t. III, n° 882; Grenier, t. VI, n° 712; Vazeille, art. 1098, n° 10; Troplong, t. VI, n° 2720; Mourlon, qui cite, en ce sens, M. Valette, t. II, p. 447; Marcadé, art. 1098, n° 111; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 632; Massé et Vergé, t. III, p. 170.)

573. — Ces mots de l'article 1098 : *ne pourra donner*, comprennent d'ailleurs toute espèce de dispositions à titre gratuit :

Non-seulement donc les donations par contrat de mariage, que le veuf ou la veuve, avec enfants, ferait à son nouvel époux;

Mais encore les donations pendant le mariage, et les legs testamentaires, qu'il pourrait lui faire ensuite (comp. *supra*, n°s 491; Pothier, *du contrat de mariage*, n°s 547, 548).

574. — Mais que décider, à l'égard des donations antérieures au mariage, qui n'auraient pas été faites dans le contrat de mariage?

De deux choses l'une :

Ou elles ont été faites en vue du mariage, déjà projeté à l'époque de leur confection; et dans ce cas, il faut appliquer l'article 1098; *sans cela*, disait Pothier, *il y aurait une voie ouverte pour éluder l'Édit* (loc. *supra* cit. n° 548);

Ou, au contraire, aucun projet de mariage n'existait encore entre le veuf donateur et le donataire, à l'époque de la donation; et, dans ce cas, l'article 1098 n'étant pas applicable, lors de la donation, le mariage qui a eu lieu

postérieurement, ne pourrait en légitimer l'application rétroactive.

Voilà le droit.

Et, maintenant, en fait, dans quels cas la donation antérieure aura-t-elle été faite en vue d'un mariage projeté?

Question d'espèce, à décider d'après les circonstances.

Marcadé a vivement repris Toullier pour avoir dit que l'article 1098 devrait être appliqué à la donation faite pendant le mariage, ou par contrat de mariage, *ou même auparavant, à moins que les circonstances ne fissent voir la bonne foi* (t. III, n° 876).

C'est le contre-pied de cette proposition qui est la vérité, s'écrie-t-il; et il faut dire, au contraire, que l'article 1098 ne devrait pas être appliqué, *à moins que les circonstances ne fissent voir la mauvaise foi* (art. 1098, n° 1).

Nous le croyons effectivement ainsi; car la bonne foi est, en général, présumée (*voy.* les art. 1116 et 2268); mais c'est en définitive, le point de fait qui est ici prédominant; et ce que nous pouvons dire seulement, c'est que l'un des principaux éléments de décision sera toujours l'intervalle plus ou moins long qui se sera écoulé entre l'époque de la donation et l'époque de la célébration du mariage, surtout si quelque événement grave s'était passé dans ce temps intermédiaire, comme par exemple, un premier mariage du veuf donateur avec une autre personne que le donataire! (Comp. le tome I de ce *Traité* n°s 545, 546; Toullier, *loc. supra cit.*; Troplong, t. IV, n° 2721; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 620.)

575. — Il est évident, d'ailleurs, que la restriction établie par l'article 1098 s'applique à toutes les libéralités que le veuf ou la veuve pourrait conférer à son nouvel époux : qu'elles soient simples ou réciproques, avec ou sans charges, rémunératoires ou autrement, à toutes les libéralités enfin, qui doivent être comprises

dans la masse, d'après l'article 922, pour déterminer le *quantum* de la quotité disponible ordinaire (comp. le tome II de ce *Traité*, n[os] 305 et suiv.).

576. — Bien plus ! il est certains avantages, qui ne seraient pas imputables sur la quotité disponible ordinaire de l'article 913, et qui sont, au contraire, imputables sur la quotité spéciale de l'article 1098.

Nous voulons parler des avantages indirects, qui peuvent résulter, au profit du nouvel époux, de ses conventions matrimoniales.

Le principe général est, en effet, que ces avantages ne sont pas considérés comme des libéralités auxquelles l'article 922 soit applicable ;

Tandis qu'ils revêtent le caractère de libéralités, dans les rapports du veuf ou de la veuve avec son nouvel époux (comp. le tome II précité, n[os] 332, 334).

Cette exception est notable ! notre ancien droit l'avait admise, afin de défendre d'autant plus énergiquement la réserve des enfants du premier mariage de la veuve ou du veuf, qui est, en effet, presque toujours très-menacée! (Comp. Ricard, Part. III, n[os] 1198 et suiv.; Pothier, *du Contrat de Mariage*, n[os] 549 et suiv.)

C'est par le même motif que notre Code l'a maintenue.

Il en résulte que, dans les rapports du veuf ou de la veuve avec son nouvel époux, toute convention matrimoniale, qui a pour résultat de faire que celui-ci profite d'une portion des biens de l'autre, doit être considérée comme un avantage imputable sur la quotité disponible de l'article 1098.

Que ce résultat ait été ou non intentionnel, il n'importe ; et lors même qu'il ne se serait réalisé que par des circonstances imprévues, il n'en sera pas moins toujours considéré comme un avantage.

Telle est la conséquence de nos textes.

Article 1496 : « .... Si, toutefois, la confusion du mo-
« bilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux,

« un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'ar-
« ticle 1098, au titre *des Donations entre-vifs et des Tes-*
« *taments*, les enfants du premier lit auront l'action en
« retranchement. »

Article 1527 : ..... Néanmoins, dans le cas où il y « aurait des enfants d'un précédent mariage, toute con- « vention *qui tendrait*, DANS SES EFFETS, à donner à l'un « des époux au delà de la portion réglée par l'article 1098, « au titre *des Donations entre-vifs et des Testaments*, sera « sans effet pour tout l'excédant de cette portion; mais « les simples bénéfices résultant des travaux communs et « des économies faites sur les revenus respectifs, quoique « inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés « comme un avantage fait au préjudice des enfants du « premier lit. »

Voilà le principe.

C'est dans ce titre *du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, où notre Code l'a placé, que nous aurons à en étudier spécialement les applications et à en déduire les conséquences.

577. — De ces termes de l'article 1098, que le veuf ou la veuve, avec enfants, *ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant*, il ne faut pas conclure que le nouvel époux ne puisse recevoir que sous la forme d'une donation de biens à venir.

La façon dont l'article est conçu, a pour but seulement de déterminer la mesure de la libéralité qui peut lui être faite, et d'en marquer la limite.

Mais il est évident que, dans cette limite, le nouvel époux peut recevoir de toute manière : soit des biens à venir, soit des biens présents; non-seulement à titre universel, mais encore à titre particulier; et que, par exemple, le veuf ou la veuve peut lui donner, par son contrat de mariage, un objet déterminé, soit une somme d'argent, soit des meubles, ou des immeubles (art. 1081); sauf la réduction, s'il y a lieu, à l'époque du décès

(art. 920, 922; comp. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 575).

578. — Ce qui est vrai, toutefois, c'est que la donation *d'une part d'enfant* est assez usitée dans les contrats de mariage par lesquels le veuf ou la veuve, ayant enfants, gratifie son nouvel époux; soit parce que, en effet, elle se rapporte, pour ainsi dire, au type même que la loi propose aux époux; soit en raison de l'impossibilité où ils sont de connaître d'avance le chiffre de ce disponible qui, subordonné rigoureusement au nombre des enfants, lors du décès, se trouve soumis, bien plus encore que le disponible ordinaire, aux éventualités de l'avenir.

579. — Aussi, a-t-on toujours considéré que cette libéralité, qui a pour objet *une part d'enfant*, est subordonnée à la survie de l'époux donataire à l'époux donateur, et qu'elle devient caduque par son prédécès (comp. Renusson, *de la Communauté*, Part. IV, chap. III, n° 72; Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 595).

Qu'il en soit ainsi, lorsqu'elle est faite par testament, cela n'a pas besoin d'être dit; car l'époux n'est alors qu'un légataire (art. 1039).

Mais il en est de même, lorsqu'elle a été faite, à titre de donation, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage; car elle constitue, dans ce cas, une donation de biens à venir, qui a pour objet un droit éventuel de succession. (art. 1083, 1089, 1096; comp. Toullier, t. III, n° 890; Duranton, t. IX, n° 827; Ancelot, sur Grenier, t. IV, n° 684, note *b;* Troplong, t. IV, n° 2737; Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 633; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, III.)

580. — Il faut ajouter que la caducité n'en aurait pas moins lieu par le prédécès de l'époux donataire, lors même qu'il laisserait des enfants issus de son nouveau mariage.

Les doutes qu'exprimait autrefois Renusson sur ce point (*loc. supra cit.*), ne sont plus possibles aujourd'hui, en présence de l'article 1093; et on doit d'autant moins

admettre une substitution vulgaire au profit des enfants du second mariage, qu'elle nuirait aux enfants du premier mariage, que la loi veut, au contraire, protéger! Telle est, en effet, sauf le dissentiment isolé de Grenier, la doctrine généralement admise.

581. — C'est une part d'enfant légitime le moins prenant, qui peut être donnée au nouvel époux.

Aujourd'hui que tous les enfants ont, *ni plus ni moins*, la même part dans la succession de leurs père et mère (art. 745), ces mots : *le moins prenant*, ne peuvent recevoir d'application que dans le cas où l'un des enfants aurait été avantagé, par préciput, de la quotité disponible, en tout ou en partie.

Mais, du moins, s'appliquent-ils dans ce cas; et lorsque, en effet, l'un ou plusieurs des enfants ont reçu des avantages par préciput, il faut déduire ces avantages de la masse, sur laquelle doit être calculée la part du nouvel époux.

582. — C'était autrefois une question controversée entre les docteurs, *tant français qu'ultramontains*, dit Ricard, que celle de savoir si, pour déterminer le droit du nouvel époux, il faut prendre pour base ce que l'enfant le moins prenant recueille *en fait*, ou ce qu'il pourrait recueillir en *droit* (Part. III, n°s 1264 et suiv.).

Un père ayant, par exemple, constitué à sa fille une dot inférieure au montant de sa légitime, la fille, au lieu d'agir en retranchement lors du décès de son père, veut bien s'en contenter.

Est-ce, en fait, d'après cette dot que devra être réglée la part du nouvel époux?

N'est-ce pas plutôt en droit, d'après la quotité de la légitime que la fille pourrait réclamer?

Malgré certaines dissidences, que des arrêts avaient même autorisées, ce dernier parti avait prévalu; et très-justement sans doute! comment se pouvait-il que l'étendue plus ou moins grande de la libéralité faite au nouvel

époux dépendît du fait de l'un des enfants, et peut-être de sa collusion frauduleuse avec les autres ! (Comp. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 561.)

Aussi, cette solution est-elle encore incontestable ; et si les enfants négligeaient d'exercer l'action en réduction contre une libéralité excessive, qui aurait été faite par leur auteur, la part du nouvel époux n'en devrait pas moins être calculée comme s'ils l'avaient exercée ; ils sont libres de renoncer à leurs droits; mais ils ne sauraient sacrifier le droit du nouvel époux (comp. Troplong, t. IV, n° 2713; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, VIII).

583. — De ce que nous venons de dire, il résulte que, pour déterminer la part que le nouvel époux peut recevoir, il faut le considérer comme *un enfant de plus*, et lui attribuer une part virile, en supposant que la succession doive être également partagée entre tous les enfants et lui ; c'est-à-dire que le nouvel époux peut recevoir un septième, si le *convolant*, comme on dit, laisse six enfants ; un sixième, s'il en laisse cinq ; un cinquième, s'il en laisse quatre, etc.; en se souvenant, toutefois, que cette proportion doit s'arrêter, dès qu'elle aurait pour résultat d'attribuer au nouvel époux plus du quart des biens (art. 1098).

Cette prémisse une fois posée, il sera facile de résoudre deux questions, dont la solution est nécessaire encore pour la complète détermination de la libéralité qui peut être faite au nouvel époux, à savoir :

a. Quels sont les enfants qui doivent faire nombre pour la déterminer;

b. Quels sont les biens dont il faut tenir compte ?

584. — *a*. Et d'abord, quels enfants doivent faire nombre ?

La réponse est bien simple : ce sont tous ceux qui viennent à la succession de l'époux donateur ; tous ceux-là, disons-nous, mais aussi rien que ceux-là.

Il faut donc compter, quand ils viennent à la succes-

sion, non-seulement les enfants issus du premier mariage, mais encore ceux qui sont issus du second ou subséquent mariage.

Eh quoi ! l'existence même des enfants du second lit va devenir une cause de réduction de la libéralité faite à leur propre auteur !

Sans aucun doute ; car le texte de l'article 1098 est général; et il devait l'être, puisque tous ces enfants ont une part dans la succession du donateur, leur auteur commun (comp. Agen, 14 avril 1837, D., 1838, II, 234).

585. — Mais les descendants d'un enfant prédécédé ne sont comptés, quelque soit leur nombre, que pour une tête ; et cela est rationnel, puisqu'ils n'obtiennent à eux tous, qu'une seule part (art. 914).

Telle était déjà l'ancienne doctrine, du moins pour le cas où l'époux donateur laissait des enfants du premier degré, en même temps que des petits-enfants d'un enfant prédécédé ; car des dissidences s'étaient élevées pour le cas où le donateur n'ayant eu qu'un seul enfant de son premier mariage, celui-ci était prédécédé en laissant des descendants ; et des jurisconsultes, fort autorisés, pensaient alors que le nouvel époux ne pouvait recevoir qu'une part égale à celle du *petit-enfant* le moins prenant; les uns se fondaient sur ces termes de l'Édit : « *plus* « *qu'à l'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants ;* et les autres sur ce motif plus général, que la représentation n'a pas lieu dans ce dernier cas, et que, par conséquent, les petits-enfants d'un unique enfant prédécédé succèdent par tête et non par souche. (comp. Ricard, Part. III, n[os] 1271 et suiv.; Pothier, *loc. supra*, n[os] 564, 565; Brodeau sur Louët, lettre n, somm. 3, n° 22, qui cite, en ce sens, un arrêt du Parlement de Paris de 1651).

Mais ni l'un ni l'autre de ces arguments ne serait aujourd'hui admissible ; et nous devons d'autant plus appliquer, sans distinction, l'article 914, qu'il s'agit, en effet, de la détermination de la réserve et de la quotité

disponible (comp. le t. II de ce *Traité*, nos 76, 77; Toullier, t. III, n° 877; Grenier, t. IV, n° 705; Duranton, t. IX, n° 803; Troplong, t. IV, n° 2717; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 627).

586. — Que l'enfant adoptif doive être compté, cela est d'évidence! (Art. 350; *supra*, n° 560.)

587. — Et si le conjoint donateur laisse des enfants naturels, on peut dire qu'il y a lieu de les compter aussi, en ce sens qu'il faut commencer par distraire de la masse la portion des biens, à laquelle ils ont droit, d'après l'article 757; de manière à ce qu'elle soit supportée proportionnellement, comme elle doit l'être, par le nouvel époux et par les enfants légitimes (comp. *supra*, n° 59).

588. — Les enfants, d'ailleurs, quels qu'ils soient, ne peuvent faire nombre, pour la détermination de la part, que le nouvel époux peut recevoir, qu'autant qu'ils acceptent la succession de l'époux donateur.

La doctrine contraire est, il est vrai, professée par M. Troplong (t. VI, nos 2714, 2716).

Mais nous croyons avoir démontré qu'elle est inadmissible (comp. *supra*, n° 564; et le tome II de ce *Traité*, nos 40 et 78).

589. — De là il résulte que, si tous les enfants du premier mariage du donateur sont prédécédés, renonçants ou exclus comme indignes, l'article 1098 n'est pas applicable; et que la cause spéciale de réduction, qui pouvait affecter la libéralité faite par lui à son nouvel époux, a disparu.

Si donc, c'est une somme ou un objet déterminé, qui a été donné ou légué, la donation ou le legs devra être exécuté, dans les limites de la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915.

Cette déduction n'offre aucune difficulté dans le cas où c'est, en effet, une quantité déterminée ou un objet certain qui fait l'objet de la donation ou du legs.

590. — Mais supposons que c'est *une part d'enfant*,

que le convolant a donnée ou léguée à son nouvel époux.

Il meurt ensuite sans laisser d'enfants.

Quel est, en ce cas, le droit du nouvel époux?

Cette question avait été prévue par nos anciens auteurs qui la décidaient diversement ; les uns voulant que le nouvel époux eût toute la succession ; — les autres, au contraire, qu'il n'en eût rien ! — enfin, d'après un troisième parti, qui avait prévalu, c'est la moitié de la succession qu'on lui attribuait; *une part n'est pas le total*, disait Pothier (*loc. supra*, n° 598); et il concluait avec Ulpien : *Partis appellatio, non adjecta quota, dimidia intelligitur* (L. 164, § 1, ff. de verb. signif.; comp. Ricard, Part. III, n° 589; Lebrun, des *Successions*, liv. II, chap. VI, dist. V, n° 12; Denizart, v° *Noces*, n° 25, qui cite, en ce sens, un arrêt de 1763).

Il faut d'abord constater qu'il s'agit là d'une question d'interprétation : qu'est-ce que le donateur a voulu? et quelle étendue son intention a-t-elle été d'attribuer, pour ce cas, à sa libéralité ?

C'est tout son disponible ordinaire, que le convolant doit être présumé y avoir compris, répond M. Vazeille (art. 1098, n°s 11-12), d'où il conclut que le nouvel époux aura droit à la succession tout entière, si le convolant ne laisse pas d'héritiers à réserve !

Mais cette doctrine est excessive; et c'est avec raison, suivant nous, que l'on décide généralement qu'il n'aura droit *qu'au quart des biens*, c'est-à-dire au *maximum* de la quotité disponible, dans laquelle pouvait consister *cette part d'enfant*, qui seule a été donnée, sauf le cas où la preuve d'une autre volonté résulterait des termes de l'acte et des autres circonstances du fait (comp le tome IV de ce *Traité*, n° 540; Paris, 14 mars 1825, Bourbonne, D., 1826, II, 3; Toullier, t. III, n° 887; Grenier, t. IV, n° 683; Duranton, t. IX, n° 824; Coin-Delisle, art. 1098, n°s 11-12; Marcadé, art. 1098, n° 111; Troplong,

t. IV, n° 2719; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 623).

591. — Nous venons de supposer le cas où le convolant donateur ne laisserait pas du tout d'enfants.

La solution qui précède, serait d'ailleurs aussi applicable, si tous les enfants de son premier mariage étant prédécédés, renonçants ou exclus comme indignes, le nouvel époux donataire ne se trouvait en concours qu'avec un ou deux enfants du second ou subséquent mariage.

592. — *b*. Quant aux biens sur lesquels doit être calculée la quotité disponible que le nouvel époux peut recevoir, rien n'est plus simple, dans le cas où l'époux donateur n'a pas fait de libéralités au profit d'autres personnes.

C'est alors sur la masse totale des biens existants dans la succession, que l'époux considéré comme un enfant de plus, doit obtenir une part virile héréditaire.

593. — Dans le cas où l'époux donateur a fait des libéralités au profit de l'un ou de plusieurs de ses enfants, de deux choses l'une :

La libéralité a-t-elle été faite par préciput? il faut la déduire de la masse sur laquelle, en effet, le nouvel époux ne peut recevoir sa part d'enfant qu'après cette déduction ;

Et cela, sans qu'il y ait à distinguer si la libéralité préciputaire est antérieure à la libéralité faite au nouvel époux ou si elle y est postérieure (comp. *supra*, n° 569).

594. — Si, au contraire, la libéralité faite à l'un des enfants n'a pas été faite par préciput, le nouvel époux peut en demander la réunion fictive à la masse, sur laquelle sa part doit être calculée.

Paul, ayant quatre enfants, a donné à l'un d'eux par avancement d'hoirie, une somme de 10 000 fr.; et il fait un testament par lequel il lègue à sa seconde femme une part d'enfant le moins prenant.

Il meurt, laissant une succession de 90 000 fr.

Eh bien ! la seconde femme a le droit de demander que

les 10 000 fr. donnés à l'un des enfants, soient réunis fictivement aux 90 000 fr. existants; ce qui formera une masse totale de 100 000 fr., sur laquelle sa part, qui est le cinquième, puisqu'il y a quatre enfants, sera de 20 000 fr.;

Tandis qu'elle n'aurait que 18 000 fr., si sa part n'était calculée que sur les 90 000 fr. existants dans la succession.

Objectera-t-on que, d'après l'article 857, le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier et qu'il n'est pas dû aux légataires ?

L'objection serait juste, si la femme demandait un rapport *réel*, en prétendant qu'ayant droit à *une part d'enfant*, elle doit être elle-même considérée comme un cohéritier et en avoir tous les droits; l'époux n'est, en effet, qu'un donataire ou un légataire (comp. Paris, 9 juin 1836, Moynier, Dev., 1836, II, 354).

Mais la femme ne demande pas un rapport *réel;* et sa prétention n'est nullement qu'une part quelconque des 10 000 fr. donnés à l'un des enfants lui soit attribuée!

Ce qu'elle demande seulement, c'est un rapport *fictif*, ou plutôt elle ne demande que l'imputation par les enfants, sur leur part héréditaire, de cette somme de 10 000 fr. qu'ils reçoivent, en effet, à titre héréditaire! ce n'est là qu'une application des principes du droit commun; et nous ne pouvons que nous référer à la démonstration que nous en avons déjà fournie (comp. *supra*, n° 72; notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 291; Paris, 20 févr. 1809, Sirey, 1809, II, 257; Paris, 19 juill. 1833, Dev., 1833, II, 397; Grenier, t. IV, n° 711; Troplong, t. IV, n° 2710; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 628).

595. — Il en serait autrement, toutefois, dans le cas où il résulterait de la disposition faite au profit du nouvel époux, que l'époux disposant a entendu qu'elle ne serait exécutée que sur les biens existants dans sa succession, à l'époque de son décès; car il est libre de restreindre l'étendue de sa libéralité, puisqu'il était libre de ne pas la

faire! (Comp. notre *Traité* précité, t. IV, nº 292; Douai, 30 déc. 1843, Claisse, Dev., 1844, II, 389).

596. — Ce que nous avons dit de la libéralité, qui aurait été faite par le convolant à l'un de ses enfants par préciput, est d'ailleurs applicable à la libéralité qu'il aurait faite à un étranger; car l'enfant avantagé par préciput est à considérer comme un étranger, relativement à la quotité disponible (art. 844).

En conséquence, il faut aussi déduire cette libéralité de la masse, et n'attribuer une part à l'époux qu'après cette déduction faite;

Sans qu'il y ait lieu non plus, dans ce cas, de distinguer si la libéralité faite à l'étranger est antérieure ou postérieure à la libéralité faite à l'époux (*supra*, nº 569).

597. — Mais aussi, pour le donataire ou le légataire étranger, comme pour l'enfant avantagé par préciput, cette déduction de la libéralité qui lui a été faite, ne doit avoir lieu que jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 844, 845).

Quant à l'excédant, s'il y en a, le nouvel époux peut en demander la réunion fictive à la masse, sur laquelle sa part doit être calculée.

Et, si l'on objectait que, d'après l'article 921, les donataires ni les légataires ne peuvent demander la réduction ni en profiter;

Nous ferions la même réponse, que nous avons faite à une semblable objection que l'on déduisait de l'article 857, sur une question analogue (*supra*, nº 594):

C'est que le nouvel époux ne demande pas la réduction; et il ne prétend pas non plus qu'une portion quelconque des biens donnés arrive dans ses mains pour composer la libéralité qui lui a été faite.

Ce qu'il soutient seulement, c'est qu'il ne doit pas subir de réduction, quand les enfants ont une action en réduction contre une autre libéralité, qui dépasse la quotité

disponible ; le nouvel époux n'attaque donc pas ; il se borne à se défendre; et c'est son droit le plus légitime !

Autrement il dépendrait du veuf ou de la veuve, qui par contrat de mariage aurait fait à son nouvel époux une donation renfermée strictement dans les limites de la quotité disponible spéciale de l'article 1098, il dépendrait de lui de la restreindre ou de l'anéantir même par des libéralités, qui dépasseraient les limites de la quotité disponible ordinaire ! cela ne saurait être admis (comp. *supra*, n° 511, et le tome II de ce *traité*, n° 216.)

598. — Mais supposons que la donation excessive a été faite au nouvel époux lui-même.

La difficulté, que nous abordons, ne saurait se présenter dans le cas où c'est *une part d'enfant* qui lui a été donnée ; une telle libéralité ne peut jamais être, en effet, considérée comme excessive, puisqu'elle n'est pas déterminée d'avance, quant à son importance effective.

Ce qu'il faut donc supposer, c'est que la libéralité faite au nouvel époux consiste dans un corps certain, comme tel domaine, ou dans une quantité déterminée, comme une somme de 100 000 fr.

Pour savoir, dans ce cas, si la donation faite au nouvel époux excède la quotité disponible de l'article 1098, il faut appliquer l'article 922, le seul article qui indique le mode de procéder à cet effet ; et en conséquence, il faut, pour composer la masse, réunir aux biens existants les biens reçus par l'époux donataire.

S'il résulte de la masse ainsi composée, que la donation excède la quotité disponible de l'article 1098, il y a lieu à réduction de cet excédant.

Jusque-là, pas de difficulté.

599. — Mais que va-t-on faire de cet excédant ?

Faut-il le répartir, comme les biens existants au décès, entre le nouvel époux et les enfants ?

Ou, au contraire, doit-il être partagé entre les enfants seulement, à l'exclusion du nouvel époux ?

Nous n'hésitons pas à penser que la répartition doit en être faite également entre le nouvel époux et les enfants.

Il faut toutefois que nous ajoutions que la doctrine contraire a des partisans considérables, et qu'elle est notamment défendue, avec force par M. Troplong.

Voici l'espèce à laquelle l'illustre auteur en fait l'application, et dans laquelle même il suppose une donation universelle de biens à venir.

Titius, remarié en secondes noces, a laissé quatre enfants d'un premier mariage; il institue sa femme son héritière universelle par contrat de mariage, et décède ayant 80 000 fr. de biens.

Le quart disponible est de 20 000 fr.; la réserve est de 60 000 fr.; cette réserve partagée entre les quatre enfants, donne 15 000 fr. pour chacun. La part d'enfant le moins prenant sera donc de 15 000 fr.; et l'institution universelle de la femme, qui si elle eût été faite à un étranger, eût pu comprendre les 20 000 fr. disponibles sera réduite à 15 000 fr.

Les 5000 fr. restants seront partagés entre les enfants et augmenteront la part de chacun de 1250 fr.

En résultat, les enfants auront :

Pour part dans la réserve.	15 000 fr.
Pour part dans la réduction.	1 250
Total.	16 250 fr.

La femme devra se contenter de 15 000 fr. seulement.

Telle était, dans notre ancien droit, la doctrine de Ricard (Part. III, nº 1319), et de Pothier (*du Contrat de mariage*, nº 594), qui se fondaient sur les termes de la loi *hac edictali*, § 6, et de la Novelle 22, chap. VII, où il est dit : *Quod plus in eo, quod relictum aut datum est aut novercæ aut vitrico,... competit filiis, et inter eos solos ex æquo dividitur;* or les textes de ces lois doivent servir d'interprétation et à l'Édit, qui en a été tiré, et au Code

Napoléon, qui a voulu les suivre. De plus, est-il raisonnable que la réduction exercée contre le donataire lui profite? l'article 921 ne décide-t-il pas expressément que le donataire ne peut pas profiter de la réduction? (Troplong, t. IV, nos 2706, 2707; comp. Grenier, t III, n° 708).

600.—Nous croyons pouvoir répondre avec avantage:

1° Et d'abord, quant à l'autorité des traditions anciennes, il faut remarquer qu'elles n'étaient pas unanimes; c'est ainsi que la glose sur la loi même, *Hac edictali*, paraît attribuer au nouvel époux, dans la portion retranchée, une part égale à celle des enfants; et tel était, en effet, le sentiment de Renusson. (*Traité de la Communauté*, Part. IV, chap. III, n° 67; ajout. Bergier sur Ricard, *loc. supra cit.*)

Quoi qu'il en soit, c'est d'après les textes de notre Code, et les principes nouveaux qu'ils ont fondés, en matière de réserve et de quotité disponible, que la question doit être aujourd'hui résolue.

Or, il nous paraît certain que la solution, qui précède, constitue, en même temps qu'une fausse application de l'article 921, une violation formelle de l'article 922 et de l'article 1098.

2° On objecte au nouvel époux l'article 921; et on dit qu'il ne peut pas demander la réduction, ni en profiter!

Mais, vraiment, est-ce qu'il demande que l'on fasse une réduction quelconque ou à en profiter?

Nullement; et c'est même tout le contraire!

Ce que le nouvel époux soutient, c'est qu'il *n'y a pas lieu à la réduction*, au delà de cette part d'enfant, qu'il pouvait recevoir.

Je suis, dit-il, donataire de 20 000 fr.;

Or, la part d'enfant, que je puis recevoir, est de 16 000 francs;

Donc, il n'y a lieu à réduction que jusqu'à concurrence de 4000 fr.

Ceci nous paraît tranchant! c'est l'application nécessaire du principe, d'après lequel le donataire, attaqué en réduction, est toujours fondé à se défendre, en soutenant, soit que la réduction dirigée contre lui ne doit pas l'atteindre du tout, soit qu'elle doit être restreinte dans de plus étroites limites (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 214).

C'est en vertu d'un principe semblable, que le nouvel époux est fondé à demander la réunion fictive des biens qui ont été donnés aux enfants par avancement d'hoirie; sans qu'on puisse lui objecter l'article 857, d'après lequel les donataires et les légataires ne peuvent pas demander le rapport ni en profiter; car le nouvel époux se borne aussi, dans ce cas, à se défendre; il ne demande pas le rapport ni à en profiter; il demande seulement à conserver ou à obtenir la donation qui lui a été faite!

Voilà ce que M. Troplong lui-même reconnaît (*supra*, n° 594).

Or, ce sont là deux applications inséparables d'une même théorie; et c'est, suivant nous, une contradiction d'admettre, en même temps, que l'article 857 n'est pas opposable à l'époux et que l'article 921 lui est opposable!

2° Aussi, qu'arrive-t-il, après cette fausse application de l'article 921?

C'est qu'elle a nécessairement pour résultat la violation formelle soit de l'article 922, soit de l'article 1098.

Aux termes de l'article 922, en effet, c'est sur *tous les biens*, c'est-à-dire sur la masse totale des biens existants et des biens donnés, que *l'on calcule*, *eu égard à la qualité des héritiers, qu'il laisse, la quotité dont* (*le donateur ou le testateur*) a pu disposer;

Or, d'après la doctrine que nous combattons, ce n'est pas sur *tous les biens*, que cette quotité serait calculée; c'est seulement *sur une partie des biens*.

Cela est d'évidence! en effet, calculée sur 80 000 fr., que

l'époux donateur a laissés, la part d'enfant, qu'il a pu donner à son nouvel époux, serait de 16 000 fr.;

Et on ne peut la réduire à 15 000 fr., qu'en excluant 5000 fr. de *la masse à comparer*.

D'où il résulte que *tous les biens* étant de 80 000 fr., on calcule sur 75 000 fr. seulement la quotité dont il a pu disposer en faveur de son nouvel époux!

Donc, il y a une violation de l'article 922.

Il en serait ainsi, dans le cas même où la donation faite au nouvel époux, aurait pour objet un bien présent, un corps certain, dont il aurait été saisi, dès le moment même de l'acte; car l'article 922 ne fait aucune distinction entre les dispositions à titre gratuit; et il n'y a, dans tous les cas, qu'une seule manière de déterminer la quotité disponible, pour les dispositions à titre particulier comme pour les dispositions universelles ou à titre universel.

Mais peut-être l'application de ces principes est-elle d'une nécessité plus évidente encore, dans l'espèce même qui a été proposée par M. Troplong, d'une donation de biens à venir universelle, par suite de laquelle l'époux donataire se borne à demander, lors du décès du donateur, la part d'enfant, à laquelle elle lui donne certainement droit!

3° La lui refuser, c'est donc violer aussi l'article 1098! Le nouvel époux, sans doute, ne peut pas recevoir plus qu'une part d'enfant le moins prenant; mais il peut recevoir du moins cette part! son droit, dans cette mesure, est aussi légitime que le droit des enfants eux-mêmes; et s'il est vrai qu'il ne doit pas avoir plus qu'eux, il n'est pas moins certain qu'ils ne doivent pas avoir plus que lui!

Cela est incontestable, dans le cas où la donation faite au nouvel époux a pour objet une part d'enfant.

Et on ne comprendrait pas qu'il en fût autrement, dans le cas où cette donation est universelle! c'est-à-dire que

le nouvel époux eût d'autant *moins* que son époux avait voulu lui donner *plus!*

M. Troplong, pourtant, a entrepris d'expliquer cette différence, en disant que : « lorsque l'époux a contrevenu à la loi, en donnant plus qu'une part d'enfant, son conjoint, qui doit être considéré comme complice de cette contravention, doit en être puni ; et que cette peine est le retranchement de l'excédant, pour en faire tourner le profit exclusif aux enfants. » (T. IV, n° 2707.)

Mais, d'abord, cette raison serait, même en fait, dépourvue de toute valeur, dans le cas où la donation faite au nouvel époux aurait eu pour objet un corps certain ; cette donation, qui se trouve, lors du décès de l'époux donateur, supérieure à une part d'enfant, y était peut-être de beaucoup inférieure, à l'époque où elle a été faite ! et si c'est seulement par des événements ultérieurs, fortuits et imprévus, par des changements dans la valeur des biens, par l'augmentation du nombre des enfants, qu'elle se trouve excessive, quel reproche peut-on faire de fraude au donateur, et de complicité au donataire ?

Évidemment aucun !

Et d'ailleurs, en droit, dans tous les cas, lors même qu'il s'agit d'une dotation universelle, la seule action que la loi accorde, lorsque la donation est excessive, c'est l'action en réduction ; il n'y en a pas d'autre ! aussi, rien ne nous paraît-il plus arbitraire que cette prétendue *peine,* que l'on veut infliger à l'époux, en le privant d'une partie de sa donation, quoiqu'elle n'excède pas la quotité disponible et qu'elle ne soit pas sujette à réduction !

Et voilà pourquoi la doctrine, qui veut l'en priver, est, suivant nous, contraire à tous les textes et à tous les principes ! (Comp. Delvincourt, t. II, p. 443 ; Vazeille, art. 1098, n° 17 ; Ancelot sur Grenier, t. IV, n° 708, note *a ;* Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 169 ; Aubry et Rau, t. V, p. 628 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, VI.)

601. — C'est aux enfants du premier mariage qu'appartient directement, *primario,* comme disaient nos docteurs, l'action en réduction des libéralités, que le convolant aurait faites à son nouvel époux au delà de la quotité fixée par l'article 1098 (art. 1496, 1527).

Car c'est, en effet, directement et *primario* dans leur intérêt, que cette réserve spéciale a été établie.

Aussi, ne peut-elle jamais s'ouvrir que dans leur personne.

Et il est certain qu'elle ne s'ouvrirait pas dans la personne des enfants du second mariage, si tous les enfants du premier mariage étaient prédécédés, renonçants ou exclus comme indignes (comp. Lebrun, *des Successions*, p. 231, n°s 21, 22; Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 567; Troplong, t. IV, n° 2723; Pont et Rodière, *du Contrat de mariage*, t. II, n° 364, Zachariæ, Aubry et Rau, t. IV, p. 630; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, X).

602. — Mais supposons que les enfants du premier mariage ont survécu à leur auteur, et qu'ils acceptent sa succession.

Voici la seule question qui s'élève :

a. S'ils exercent l'action en réduction contre le nouvel époux, les enfants du second mariage en profiteront-ils?

b. S'ils ne l'exercent pas, les enfants du second mariage pourront-ils eux-mêmes l'exercer?

Trois opinions sont en présence :

La première répond que non-seulement les enfants du second mariage ne peuvent pas demander la réduction, en cas d'inaction des enfants du premier mariage, mais qu'ils ne peuvent pas non plus profiter de la réduction que ceux-ci auraient demandée et obtenue (comp. Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, t. I, n° 347).

D'après la seconde opinion, les enfants du second mariage ne peuvent pas demander la réduction; mais ils peuvent profiter de la réduction, qui a été demandée par

les enfants du premier mariage (comp. Marcadé, art. 1098, n° V; Saintespès-Lescot, t. V, n° 2033).

Enfin, la troisième opinion décide que non-seulement les enfants du second mariage peuvent profiter de la réduction demandée par les enfants du premier mariage, mais qu'ils peuvent la demander eux-mêmes, si ceux-ci, par un motif quelconque, négligent ou refusent de la demander.

Nous n'hésitons pas à proposer cette dernière doctrine, qui nous paraît la seule juridique :

1° Telle était notre ancienne jurisprudence, attestée notamment et approuvée par Ricard (Part. II, I, n°s 1288 et suiv.), et par Pothier (*du Contr. de mar.*, n° 567).

Or, nous devons d'autant plus penser que les rédacteurs du Code ont entendu la maintenir, que la double solution, qu'elle avait consacrée, est encore plus conforme aux principes de notre droit nouveau, qu'elle ne pouvait l'être aux principes de l'ancien droit!

2° Et d'abord, comment admettre aujourd'hui cette première opinion, qui prétend attribuer le bénéfice de la réduction aux enfants du premier mariage, à l'exclusion des enfants du second mariage!

Il est vrai que la Novelle 22, chap. VII, abrogeant, en ce point, la loi 9 au Code, *de Secundis nuptiis*, leur en attribuait exclusivement le bénéfice.

Mais cette Novelle n'était pas suivie dans nos anciennes provinces coutumières, qui observaient au contraire, *préférablement*, dit Pothier, la loi 9 au Code, *parce qu'elle était fondée en une très-grande équité; les biens, qui sont retranchés de la donation faite au second mari, étant les biens de la mère commune, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, ils y doivent avoir un droit égal!* (*Loc. supra cit.*)

C'est ce que proclame l'article 745! et voilà précisément pourquoi notre Code n'a pas maintenu le second chef de l'Édit, qui obligeait la femme remariée à conserver

aux enfants de son premier mariage, les biens qu'elle avait reçus de son premier mari (*supra*, n° 551 ; comp. Bordeaux, 16 août 1853, Menot, Dev., 1855, II, 753).

3° Et maintenant, dès qu'il est décidé, contre la première opinion, que les enfants du second mariage peuvent profiter de la réduction demandée par les enfants du premier mariage, comment ne pas décider, contre la seconde opinion, qu'ils peuvent la demander eux-mêmes, si les autres ne la demandent pas !

La conséquence nous paraît inévitable !

Si, en effet, les enfants du second mariage profitent du bénéfice de l'action en réduction une fois exercée, c'est évidemment que cette action elle-même est dans la succession ; car le bénéfice de l'action ne peut tomber dans la succession, que parce que l'action elle-même y était ; et si l'action est dans la succession, l'exercice, aussi bien que le bénéfice, en appartient à tous les enfants sans distinction, puisque tous les enfants ont un droit égal à toutes les valeurs héréditaires.

Qui n'aperçoit, d'ailleurs, les collusions dont les enfants du second mariage pourraient être victimes, d'après le système contraire, et qu'il est impossible de les laisser à la discrétion des enfants du premier mariage !

Ajoutons que si les enfants du second mariage ne pouvaient pas demander la réduction, en vertu de l'article 1098, ils pourraient avoir le droit de la demander en vertu de l'article 1094 ; ce qui ouvrirait, en même temps, deux actions en réduction, qui appartiendraient, séparément : l'une, aux enfants du premier mariage; l'autre, aux enfants du second mariage, qui seraient libres, chacun de son côté, de l'exercer, quand il lui conviendrait, dans le délai de trente ans ; d'où pourrait résulter, au détriment de l'époux donataire lui-même, une longue incertitude sur l'étendue de ses droits.

Mais on objecte les articles 921 et 1496 !

Au point où nous en sommes, la réponse est facile.

Ce qui résulte seulement de ces articles, c'est que l'action en réduction appartient, en effet, principalement aux enfants du premier mariage, et même qu'elle leur appartient exclusivement, en ce sens qu'elle ne peut s'ouvrir que dans leur personne (*supra*, n° 601); c'est là seulement ce qu'exprime l'article 1496.

Mais ni l'article 921, ni l'article 1496 ne font obstacle à ce que cette action étant ouverte dans leur personne, et existant dans la succession, les enfants du second mariage puissent eux-mêmes l'exercer; et Pothier, invoquant la loi 3, § 2 au Digeste, *de bonorum possessione contra tabulas*, citait, fort à propos, la maxime : *Non est novum in jure, ut quod quis ex persona sua non habet, ex persona alterius habeat* (*loc. supra*).

Telle est aussi notre conclusion (comp. L. 10, § 6, ff. tit. *supra cit.*; Merlin, *Répert.*, v° *Secondes noces*, § 7, art. 3, n° 2; Toullier, t. III, n° 879; Grenier, t. IV, n° 698; et Ancelot, *h. l.*, note *a*, Duranton, t. IX, n° 817; Vazeille, art. 1098, n° 3; Coin-Delisle, art. 1098, n° 8; Troplong, t. IV, n° 2723; Pont et Rodière, *du Contrat de mariage*, t. II, n° 363; Odier, t. II, n° 929; Bugnet sur Pothier, *loc. supra cit.*, p. 439, note 1; Mourlon, t. II, p. 453; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 631; Colmet de Santerre, t. IV, n° 278 *bis*, X).

603. — Mais l'action en réduction contre la libéralité faite au nouvel époux ne saurait être exercée par aucun autre.

Que l'époux donateur ne puisse pas l'exercer lui-même, cela est d'évidence, puisqu'elle ne s'ouvre que par son décès, au profit seulement de ses héritiers! (Art. 920.)

Certains passages de nos anciens auteurs pourraient jeter sur ce point quelques incertitudes, en ce qui concerne l'effet des conventions matrimoniales entre la femme, qui se remariait, et son nouveau mari (*voy.* surtout Ricard, Part. III, n°s 1199, 1200).

Et il est arrivé même, depuis la promulgation de notre

Code, qu'un arrêt a concédé l'action en réduction à l'époux donateur! (Bordeaux, 5 juill. 1824, Régis-Leblanc, Dev., VII, I, 44, 46.)

Mais il n'en est pas moins incontestable que cette action n'appartient *qu'aux enfants du premier lit* (art. 1496; comp. Troplong, *du Contrat de mariage*, t. III, nos 2219, 2220).

604. — C'est en vertu de ce principe, qu'il a été décidé, par la cour de Caen, que, dans le cas où un père a assuré, par le contrat de mariage de son fils, à sa future épouse, pour le cas de prédécès du mari sans enfants, les droits que son fils aurait à recueillir dans sa succession, la veuve du fils, prédécédé sans enfants, ne peut pas invoquer l'article 1098 contre le nouvel époux de son beau-père, le donateur remarié :

« Attendu que la disposition (de l'article 1098), qui limite les droits du père sur la quotité disponible, est une véritable exception, qui ne peut trouver son application que dans le cas expressément prévu, c'est-à-dire.... lorsqu'il existe des enfants issus du précédent mariage. » (10 mars 1864, Mulot, *Jurisprud. des Cours impériales de Caen et de Rouen*, 1864, p. 215.)

605. — Ce n'est pas à dire, bien entendu, que l'action en réduction, qui appartient aux enfants du premier lit, ne soit pas transmissible par eux à leurs héritiers !

Cette action n'est autre, en effet, que l'action ordinaire en réduction, que la loi a instituée pour tous les héritiers à réserve; et elle est régie par les mêmes principes.

Elle est donc héréditairement transmissible; et elle a une durée de trente ans.

C'est ainsi encore que nous avons déjà constaté que l'article 917 est applicable dans le cas de l'article 1098 (comp. le tome II de ce *Traité*, n° 462).

Il faut en dire autant des articles 929 et 930 ; et les enfants peuvent exercer la réduction des libéralités excessives, faites au nouvel époux, non-seulement contre cet

époux lui-même, mais encore contre les tiers détenteurs des immeubles qui lui auraient été donnés (comp. Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 589; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 629).

On ne doit pas non plus mettre en doute que la réduction qu'ils auraient obtenue, ne profitera, conformément à l'article 921, ni aux créanciers, ni aux donataires ou légataires du défunt.

C. — *Règles communes aux dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.*

SOMMAIRE.

606. — Les articles 1099 et 1100 renferment des règles communes aux dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage.
607. — Suite.
608. — Suite.
609. — Suite. — *Quid*, dans le cas où l'époux donateur ne laisse pas d'héritiers réservataires?
610. — Des libéralités indirectes faites par l'un des époux à l'autre, mais sans déguisement ni interposition de personnes.
611. — Des libéralités faites par l'un des époux à l'autre, soit sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux, soit par une personne interposée.
612. — Suite.
613. — Suite.
614. — Suite. — Conclusion.
615. — Par quelles personnes peut être proposée la nullité de la donation faite par l'un des époux à l'autre, soit sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux, soit par une personne interposée?
616. — L'article 1100 applique une présomption légale d'interposition à deux classes de personnes.
617. — 1° Sont présumées personnes interposées les enfants ou l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage. — Conséquence.
618. — Suite.
619. — Suite.
620. — 2° Sont aussi présumées personnes interposées les parents dont l'autre époux est héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. — Explication.
621. — Suite.
622. — Le mot : *donation*, dans l'article 1100, ne doit-il s'entendre que

606. — Aux termes de l'article 1099 :

« Les époux ne pourront se donner indirectement « au delà de ce qui leur est permis par les dispositions « ci-dessus.

« Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes « interposées, sera nulle. »

Et l'article 1100 ajoute :

« Seront réputées faites à personnes interposées, les « donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des « enfants de l'autre époux, issus d'un autre mariage, et « celles faites par le donateur aux parents, dont l'autre « époux sera héritier présomptif au jour de la donation, « encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent « donataire. »

Nous présentons ces articles comme renfermant des règles communes aux dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage;

C'est-à-dire que ces règles se réfèrent non-seulement à l'article 1098, mais aussi à l'article 1094 et à l'article 1096.

Telle est la doctrine généralement admise, et qui nous paraît exacte, malgré certaines dissidences, qui ont prétendu restreindre l'application des articles 1099 et 1100 au seul cas de l'article 1098.

607. — C'est ainsi, d'abord, que dans les premiers temps, quelques auteurs ont pensé que l'article 1099 ne se référait pas à l'article 1094; tel paraît avoir été notamment l'avis de Grenier (t. IV, n° 686), et de Toullier (t. III, n° 881).

Mais le texte même de l'article 1099 fournit la réponse : « *Les époux* ne pourront se donner indirectement au

« delà de ce qui leur est permis *par les dispositions* « *ci-dessus....* »

Les époux; donc, l'article s'applique, non pas seulement à l'homme ou à la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contracte un second ou subséquent mariage (art. 1098); il s'applique, dans la généralité de ses termes, *à tous les époux!* (Art. 1094.)

C'est ce que prouvent aussi ces mots : *par les dispositions ci-dessus*, qui impliquent un renvoi, non pas à une seule disposition, mais à plusieurs.

L'article 1100, qui crée une présomption légale d'interposition de personnes, l'applique de même aux donations *de l'un des époux* aux enfants ou à l'un des enfants *de l'autre époux*.

Et puis enfin, est-ce que le premier alinéa de l'article 1099, quand il déclare que les époux *ne pourront se donner indirectement* au delà de ce qui leur est permis, n'est pas évidemment applicable à l'article 1094 comme à l'article 1098? or, s'il en est ainsi du premier alinéa, c'est donc que l'article 1099 ne se réfère pas uniquement à l'article 1098, et qu'il est applicable tout entier à l'article 1094.

En vain donc, afin de justifier l'application restrictive des articles 1099 et 1100, on objecterait qu'ils ne sont que la conséquence de la distinction que le législateur a faite entre l'hypothèse de l'article 1098 et l'hypothèse de l'article 1095, et que sa sévérité et ses défiances, bien plus grandes dans la première que dans la seconde, expliquent comment il a voulu garantir la réserve établie dans l'article 1098, par une sanction énergique, qui n'était pas nécessaire à la réserve établie dans l'article 1094.

La réponse est que toutes les règles qui restreignent la faculté de disposer entre époux, ont particulièrement besoin de sanction; et s'il est vrai que le danger des simulations soit plus grand encore dans le cas de l'article 1098 que dans le cas de l'article 1094, il n'en existe pas moins

dans les deux cas, avec assez de gravité pour que les règles, qui tendent à maintenir ces libéralités dans les limites légales, leur aient été déclarées communes (comp. Cass., 1 avril 1819, D., 1819, I, 426; Cass., 11 novemb. 1834, D., 1835, I, 441; Delvincourt, t. II, p. 112; Duranton, t. IX, n° 628; Coin-Delisle, art. 1099, n°s 2 et suiv.; Marcadé, art. 1099, n° 111; Ancelot sur Grenier, *loc. supra cit.*, note *a*; Troplong, t. IV, n° 2740; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 611, 612).

608. — Nous ajoutons que les articles 1099 et 1100 se réfèrent également à l'article 1096; et c'est une proposition que nous croyons avoir déjà établie (*supra*, n°s 452, 453).

Cette proposition, d'ailleurs, est incontestable, dans le cas où l'époux donateur a des héritiers réservataires, qui peuvent invoquer soit l'article 1094, soit l'article 1098; peu importe, alors, que la libéralité ait été faite par contrat de mariage ou pendant le mariage; il est évident que les articles 1099 et 1100 s'appliquent à toute libéralité faite par l'un des époux à l'autre, de quelque manière que ce soit, par contrat de mariage, ou pendant le mariage, par donation entre-vifs ou par testament (art. 920, 1090; comp. Caen, 6 janv. 1845, l'Administr. des Domaines, Dev., 1845, II, 393).

609. — Mais les articles 1099 et 1100 se réfèrent-ils à l'article 1096, relativement aux donations faites entre époux pendant le mariage, même pour le cas où l'époux donateur n'a pas d'héritiers réservataires?

Voilà une femme, sans enfants ni ascendants, qui donne entre-vifs, pendant son mariage, 50 000 francs au fils que son mari a eu d'un premier lit; elle meurt laissant 200 000 francs.

Elle aurait pu donner directement ces 200 000 francs à son mari; et la donation de 50 000 francs qu'elle a faite au fils de son mari serait valable, si elle l'avait faite à son mari lui-même.

Cette donation doit-elle être nulle, en vertu des articles 1099 et 1100, parce qu'au lieu d'être faite par la femme à son mari lui-même, elle a été faite à l'enfant du premier mariage de son mari?

L'affirmative paraîtra bien rigoureuse! et pour soutenir que cette donation est valable, on pourrait invoquer un double argument :

1° Le texte de l'article 1099 implique l'idée d'une réserve, à laquelle le déguisement de la libéralité et l'interposition de personnes ont entrepris de faire fraude : « *les époux ne pourront se donner* AU DELA *de ce qui leur est permis, etc....* »

Or, la femme, n'ayant pas d'héritiers à réserve, il n'existe pas une limite *au delà* de laquelle ses libéralités ne pouvaient pas s'étendre; et aucune fraude n'était possible;

Donc, ni l'article 1099, ni l'article 1100, qui n'en est que le complément, ne sont applicables.

2° La solution contraire aurait pour conséquence de décréter, contre les enfants du premier lit de l'époux donataire, une incapacité personnelle de recevoir; ce qui serait d'abord, en droit, une violation de l'article 902; et ce qui, en fait, serait profondément regrettable; il n'y a, le plus souvent, que trop de causes de désunion entre l'un des époux et les enfants que son époux a eus d'un autre lit; il faut bien plutôt encourager ces enfants à la déférence envers le nouvel époux de leur auteur; et il importe de laisser à celui-ci les moyens d'obtenir leurs bons procédés, leur affection, et de les récompenser!

Voilà comment on a été amené à conclure, en effet, que « *l'article* 1099, *deuxième alinéa, ne se rapporte, par aucun point de contact, à l'article* 1096.... » (Conclusions de M. l'avocat général Corbin, à l'audience de la Cour de Bourges, le 9 mai 1836, Poupa, Dev., 1836, II, 344.)

Telle est aussi la doctrine de M. Troplong, qui, pour expliquer comment l'article 1099 se réfère à l'article 1096,

enseigne que, *en ce qui concerne les réservataires, dont les droits ont été entamés par la donation déguisée, l'article* 1099 *est un palladium indispensable* (t. IV, nos 2741 et 2749-2751; comp. Rouen, 23 févr. 1831, Eudeline, D., 1835, I, 18 (arrêt cassé, *infra*); Cass., 7 févr. 1849, de Ville-d'Avray, Dev,, 1849, I, 165).

Malgré la gravité de ces motifs, nous croyons que les articles 1099 et 1100 se réfèrent à l'article 1096 pour tous les cas, et alors même que l'époux donateur n'a pas d'héritiers réservataires :

1° D'abord, quant au premier alinéa de l'article 1099, on pourrait répondre qu'en défendant aux èpoux de se donner *au delà* de ce qui leur est permis, il leur défend de se donner *d'une autre manière*, et de se faire, pendant le mariage, des donations irrévocables ; cet argument est employé, en effet, dans l'arrêt de la Cour de Paris du 14 août 1835 (cité *infra*).

Mais ce qui surtout nous détermine, c'est la généralité du deuxième alinéa de l'article 1099, d'où il résulte que *toute donation* entre époux, déguisée ou faite par personnes interposées, est *nulle;* or, dès que l'on reconnaît, comme il le faut bien, que cet article se réfère à l'article 1096, pour le cas où l'époux donateur a des héritiers réservataires, il faut, à notre avis, reconnaître aussi la même relation pour le cas où il n'en a pas; car la disposition fondamentale de l'article 1096 consiste dans la défense qui est prononcée contre les époux, de se faire des donations irrévocables; or, cette défense est absolue et ne dépend pas du point de savoir s'ils ont ou s'ils n'ont pas d'héritiers à réserve!

2° Ce que le législateur a voulu, en appliquant à l'article 1096 la sanction énergique des articles 1099 et 1100, c'est d'assurer le maintien du principe de la révocabilité des donations entre époux pendant le mariage; voilà son vrai motif, et qui est indépendant de la distinction que nous combattons.

Nous savons bien que l'on a proposé de déclarer révocables les donatious que l'un des époux aurait faites à l'autre, pendant le mariage, soit sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux, soit par personnes interposées (comp. Dalloz, 1835, I, 20, note I).

Mais, outre que l'exercice de la faculté de révocation serait alors plus difficile, et même souvent impossible peut-être, il nous paraît certain que c'est là un système différent de celui que notre Code a consacré (comp. Cass., 11 nov. 1834, Eudeline, D., 1835, I, 18; Paris, 14 août 1835, mêmes parties, Dev., 1836, II, 343; Cass., 16 avril 1850, Calvincourt-Saint-Martial, Dev., 1850, I, 591; Zachariæ, Aubry et Rau, t. VI, p. 286; Colmet de Santerre, t. IV, p. 270 *bis*, III).

610. — Maintenant que nous avons constaté la généralité d'application que comportent les articles 1099 et 1100, il nous reste à examiner en quoi cette application consiste.

Difficile problème, le dernier que nous ayons à résoudre sur cette vaste matière, au terme de laquelle nous touchons.

Écartons d'abord le cas où la libéralité aurait été faite par l'un des époux à l'autre indirectement, mais sans déguisement ni interposition de personne.

Il est évident que cette libéralité indirecte sera valable tout entière, si elle n'excède pas la quotité disponible, et qu'elle sera seulement sujette à réduction, si elle l'excède; c'est ce qui résulte du premier alinéa de l'article 1099 (comp. art. 921, 1496, 1527).

611. — Mais la libéralité a été faite par l'un des époux à l'autre, soit sous le déguisement d'un contrat à titre onéreux, soit par une personne interposée.

Quel doit en être le sort?

Et quelle est, pour ce cas, la disposition du second alinéa de l'article 1099?

Quatre systèmes sont en présence :

a. Le premier enseigne que cette libéralité doit être traitée comme la première, parce qu'elle ne constitue aussi qu'une libéralité indirecte ; et qu'en conséquence, elle est valable pour le tout, si elle n'excède pas la quotité disponible, et qu'elle est réductible seulement, si elle l'excède (comp. Bourges, 29 mars 1836, Eudeline, Dev., 1836, II, 343; Paris, 21 juin 1837, de la Vauverte, Dev., 1837, II, 322; Caen, 13 nov. 1847, Lalonde, Dev., 1848, II, 677; Toulouse, 26 févr. 1861, Traisin, Dev., 1861, II, 327; Lyon, 18 nov. 1862, Nesmes, *Moniteur judiciaire de Lyon*, du 23 déc. 1862, et Dev., 1863, II, 51; Orléans, 10 févr, 1865, Delorme, Dev. 1865, II, 168; Duranton, t. IX, n° 831; Coin-Delisle, art. 1099, n° 11; Guilhon, t. I, n°s 461, 462; Vazeille, art. 1099, n° 16; Poujol, t. II, p. 592; Coulon, *Quest. de Droit*, t. II, p. 1; Rodière, *Revue de Législat.*, t. I, p. 472; Taulier, t. IV, p. 248; Bugnet, sur Pothier, *Des Donations entre mari et femme*, n°s 78, 81; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. IV, § 461, note 19; Merville, *Revue pratique de Droit français*, 1863, t. XV, p. 193 et suiv.).

612. — *b.* D'après le second système, il faut distinguer :

La libéralité n'excède-t-elle pas la quotité disponible? elle est valable.

Mais elle est nulle pour le tout, et non pas seulement réductible, si elle l'excède (comp. Cass., 7 févr. 1849, de la Ville-d'Avray, Dev., 1849, I, 165; Dalloz, 1837, II, I; Troplong, t. IV, n° 2744).

613. — *c.* Une autre distinction est proposée par le troisième système :

Si la libéralité a été faite dans la vue d'excéder la quotité disponible (ce qui doit être présumé, si, de fait, elle l'excède), elle est nulle pour le tout;

Mais elle n'est que réductible, si elle n'a pas été faite dans la vue d'excéder la quotité disponible.

C'est-à-dire que, à la différence du second système,

qui ne s'attache qu'au résultat, *eventus;* le troisième système ne s'attache qu'à l'intention, *consilium.*

D'où il suit qu'il déclare la libéralité seulement réductible, lors même qu'elle excéderait la quotité disponible, si elle n'a pas été faite dans le dessein de l'excéder; et qu'il la déclare nulle, lors même qu'elle n'excéderait pas la quotité disponible, si elle a été faite dans le dessein de l'excéder (comp. Cass., 30 nov. 1831, Dev., 1832, I, 134; Toulouse, 13 mai, 1835, Dev., 1835, II, 392; Cass., 29 mai 1838, d'Hautepoul, Dev., 1838, I, 481; Limoges, 6 juill. 1842, Gravellat, Dev., 1843, II, 27; Caen, 6 janv. 1843, l'Administr. des domaines, Dev., 1845, II, 393; Caen, 30 avril 1853, Margueritte, Dev., 1853, II, 699; Delvincourt, t. II, sur l'art. 1098; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 624, 625).

614. — *d.* Enfin, le quatrième système décide que, dans tous les cas, la libéralité est nulle pour le tout, soit qu'elle excède, soit qu'elle n'excède pas la quotité disponible, et sans qu'il y ait lieu de rechercher dans quel dessein la simulation a été employée.

Si rigoureuse que cette doctrine puisse paraître, notre avis est qu'elle est la plus conforme au texte de l'article 1099 et aux motifs qui ont déterminé le législateur à l'édicter :

1° Le point décisif de cette grave controverse consiste dans cette question préjudicielle à savoir :

Si le second alinéa de l'article 1099 n'est qu'une suite et une explication du premier?

Ou s'il forme, au contraire, lui-même, une disposition spéciale, distincte de la disposition qui se trouve dans le premier alinéa?

Si, en effet, le second alinéa n'est que la suite et le complément du premier, il en résulte que les donations déguisées ou faites par personnes interposées, ne sont elles-mêmes que des moyens par lesquels les époux *se sont donné indirectement au delà de ce qui leur était permis ;*

et elles sont dès lors seulement réductibles; telle est la base du premier système (*supra*, n° 611).

Mais cette base nous paraît lui faire défaut.

Que résulterait-il, en effet, d'une telle interprétation ?

C'est que le second alinéa de l'article 1099 serait tout à fait inutile, et bien plus, que ce serait une inutilité tout à fait incorrecte! puisque, après avoir dit, dans le premier alinéa, que les *libéralités indirectes* seraient réductibles, il se bornerait encore à dire, dans le second alinéa, que les *libéralités indirectes* seraient réductibles; et à le dire, cette seconde fois, beaucoup moins bien que la première, ou plutôt même très-mal, en déclarant *nulle* la libéralité, qu'il voulait, à ce que l'on prétend, déclarer seulement *réductible !*

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de supposer une faute si grave de rédaction de la part du législateur, et qu'il ait commis, dans le même article, cette inqualifiable redondance!

« TOUTE DONATION, *ou déguisée, ou faite par personnes* « *interposées*, SERA NULLE. »

Ce texte est clair; et c'est bien la *nullité* qu'il prononce, *de toute donation, ou déguisée, ou par personnes interposées*, que l'un des époux ferait à l'autre!

Que l'on rapproche l'article 1099 de l'article 911 ; la rédaction est identique; or, il est certain que c'est la *nullité* de la donation, qui est prononcée par l'art. 911 ; donc, c'est aussi la *nullité*, qui est prononcée par le second alinéa de l'article 1099.

Il est vrai que nous avons pensé que la libéralité déguisée ou faite par personne interposée à un enfant naturel par son père ou sa mère, est valable, si elle n'excède pas la part que l'enfant peut recevoir dans leur succession; et qu'elle est seulement réductible, si elle l'excède (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 679); et quoique l'on prétende qu'il y a *une flagrante inconséquence* à décider, au con-

traire, que, dans tous les cas, pareille donation faite par l'un des époux à l'autre, est nulle (M. Merville, *loc. supra cit.*, n° 611), nous croyons que si ces deux décisions ne paraissent pas, en effet, offrir une harmonie parfaite, elles n'en résultent pas moins, nécessairement, des textes mêmes qui gouvernent ces matières. L'article 911, en effet, ne déclare pas nulle *toute donation* déguisée ou faite par personnes interposées *à un enfant naturel*, par son auteur; il ne déclare nulle cette donation que lorsqu'elle est faite *à un incapable;* or, l'enfant naturel n'est pas *incapable* de recevoir la portion qu'il peut recueillir dans la succession de son auteur; donc, la donation déguisée, qui lui transmet cette portion, sans la dépasser, n'est pas déclarée nulle par l'article 911; d'où l'on est forcément amené à conclure que, si la donation déguisée va *au delà* de cette portion, elle est seulement réductible, puisque EN DEÇA, l'enfant naturel n'est pas *incapable*.

Très-différente est, sous ce rapport, la rédaction de l'article 1099! la donation, déguisée ou par personnes interposées, qu'il déclare *nulle*, c'est celle qui est faite par l'un des époux à l'*autre époux;* or, la qualité d'époux existe toujours, bien entendu; elle n'est pas susceptible de plus ou de moins; donc TOUTE DONATION, déguisée ou par personnes interposées, qui a été faite *entre époux*, est toujours nécessairement *nulle !* (comp. Marcadé, art. 1099, n° 11).

Voilà le texte!

2° Les motifs sur lesquels il est fondé, expliquent d'ailleurs la sévérité plus grande que le législateur a montrée dans cette circonstance; c'est que plus grands aussi sont les dangers de simulation et de fraude, qu'il entreprend de conjurer! nulle prohibition légale n'y est, en effet, plus exposée que celle qui a pour but de renfermer, dans de sages limites, les donations de l'un des époux à l'autre; l'expérience de tous les temps en té-

moigne; qu'on se rappelle les conseils de M. de Bonnefoi au *malade imaginaire!*

Aussi, n'est-ce pas un argument contre notre doctrine que de dire que, en général, les donations déguisées sont seulement réductibles, lorsqu'elles excèdent la quotité disponible ordinaire des articles 913 et 915.

Sans doute! mais c'est précisément dans l'exception à cette règle générale que consiste la disposition spéciale de l'article 1099 :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que, si la distinction établie par l'article 1099 ne se retrouve plus, lorsqu'il s'agit de donations autres que celles que les époux se font l'un à l'autre, il en résulte seulement que, pour ce genre particulier de donations, la loi a cru devoir introduire une règle plus sévère, mais qu'il ne s'ensuit nullement que la disposition spéciale et formelle de la loi ne doive pas recevoir son exécution.... » (29 mai 1838, arrêt cité *infra*).

3° Ce n'est pas avec plus d'avantage que l'on objecte que cette sanction sévère n'a pas de précédents dans l'histoire du droit privé, et qu'elle repose sur une distinction subtile et insaisissable entre les donations indirectes et les donations déguisées.

Sans entreprendre de discuter les termes de la loi *hac edictali* et de l'Édit de 1560, qui, nous en convenons, ne semblent pas reproduire cette distinction, il nous suffira de rappeler qu'elle était reconnue en droit romain et dans notre ancien droit français :

On la trouve exprimée dans un fragment de Pomponius (L. 5, ff. de *Donationibus inter virum et uxorem*);

Et Pothier la rappelle de la manière la plus formelle :

« Les avantages, qui étaient simulés, et qui n'étaient faits que pour couvrir et déguiser une donation, que l'un des conjoints voulait faire à l'autre, étaient déclarés nuls; les autres, qui n'étaient qu'indirects, étaient va-

lables; on réformait seulement l'avantage prohibé qu'ils renfermaient.... » (*Des Donations entre mari et femme*, n° 78.)

Roussilhe, enfin, prévoyant précisément l'espèce de simulation, qui est le plus souvent employée dans ces circonstances, c'est-à-dire le cas où le mari a reconnu avoir reçu de sa femme l'apport d'une somme qu'elle ne lui a pas fait, se pose cette question :

Ne peut-on pas faire valoir une pareille reconnaissance jusqu'à la concurrence d'une portion d'enfant?

Et il répond :

Je ne le pense pas, parce que c'est le cas de dire : « Non fecit quod potuit; fecit quod non potuit. » (*Traité de la Dot*, t. II, n° 539.)

C'est que, en effet, la distinction entre les avantages indirects et les avantages déguisés dérive de la nature même des choses; il est vrai que les avantages déguisés sont nécessairement aussi des avantages indirects; ce qui peut expliquer la confusion que l'on a souvent faite des uns et des autres, soit dans les discours des orateurs du gouvernement, soit dans les livres de doctrine; mais la réciproque n'est pas vraie; et les avantages indirects ne sont pas nécessairement des avantages déguisés; l'une de ces expressions est plus large que l'autre, disait fort bien M. l'avocat général Tarbé; l'une est *le genre*, et l'autre est *l'espèce* (Dev., 1838, I, 488); voilà ce que nous avons dit nous même, à l'endroit de notre *Traité des Successions*, que M. le procureur général Merville nous a fait l'honneur de citer, dans ses remarquables conclusions à l'audience de la Cour de Lyon du 18 novembre 1862 (*supra*, n° 611); c'est que, en effet, les donations déguisées, étant elles-mêmes des donations indirectes, peuvent, suivant le cas, se trouver comprises dans les dispositions de la loi, qui s'appliquent, en général, aux donations indirectes; tel est l'article 843, d'où nous avons conclu qu'elles sont soumises à l'obligation du rapport (comp.

notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 253, 331 et 389; et le tome III de ce *Traité*, n°s 97, 98).

Mais il en est autrement, lorsque la loi elle-même établit une différence entre les unes et les autres ! or, nulle part, cette différence ne saurait être mieux marquée que dans l'article 1099, qui oppose, par une véritable antithèse, les donations simplement indirectes aux donations déguisées ou faites par personnes interposées.

4° La démonstration qui précède, en prouvant, contre le premier système, que les donations déguisées entre époux sont nulles et non pas seulement réductibles, a prouvé du même coup aussi, contre le second système et contre le troisième, qu'elles sont nulles pour le tout et dans tous les cas.

Les déclarer nulles seulement, comme le second système, dans le cas où elles excèdent la quotité disponible! (*Supra*, n° 612.) — Mais, d'abord, c'est introduire, dans le texte de l'article 1099, une distinction à laquelle résiste la généralité de ses termes; et puis, est-ce qu'il est possible, en logique et en morale, de subordonner la validité de la donation déguisée à cette circonstance que, à l'époque du décès, elle n'excédera pas la quotité disponible ! c'est une fraude que la loi veut réprimer ; or, la circonstance dont il s'agit, loin de fournir la preuve, soit de la fraude, soit de la bonne foi du donateur, n'en est pas même un indice ! la valeur de ses biens n'a-t-elle pas pu, en effet, par des événements postérieurs et peut-être à son insu, diminuer, dans l'intervalle de l'époque de la donation à l'époque de son décès ? ou de nouveaux héritiers venir augmenter le montant de la réserve ?

C'est bien là ce que le second système reconnaît ; et, en conséquence, il veut que l'on s'attache à la question de fait et que l'on examine s'il y a eu fraude ou bonne foi (*supra*, n° 613).

Mais cette nouvelle distinction ne viole pas moins le texte absolu de l'article 1099. Qui ne voit d'ailleurs

toutes les difficultés d'appréciation qu'elle soulève, et qu'elle est contraire au but essentiel que le législateur s'est proposé, d'une répression exemplaire et, par conséquent inévitable!

Telle était la pensée de M. Jaubert, lorsque, dans son rapport au Tribunat, il disait, pour expliquer l'article 1100, que, *dans ce cas, la donation sera nulle, par l'effet de la présomption légale seule* (Locré, *Législat. civ.*, t. XI, p. 486, n° 90; comp. Cass., 30 novembre 1831, Lépingleux, D., 1831, I, 371 ; Cass., 11 nov. 1834, Dev., 1834, I, 769; Toulouse, 30 mai 1835, Dev., 1835, II, 392; Paris, 14 août 1835, Eudeline, Dev., 1836, II, 343, Cass., 29 mai 1838, d'Hautepoul, Dev., 1838, I, 481 ; Limoges, 6 juill. 1842, Gravellot, Dev., 1843, II, 27 ; Caen, 6 janv. 1845, le Domaine, Dev., 1845, II, 393; Agen, 5 déc. 1849, Chabuc, Dev., 1850, II, 74; Cass., 2 mai 1855, Deballut, Dev., 1856, I, 178; Orléans, 23 fév. 1861, de Moyencourt, Dev. 1861, II, 410; Cass., 11 mars 1862, Azéma, Dev., 1862, I, 401 ; Grenoble, 29 nov. 1862, Gaillard, Dev., 1863, II, 51 ; Dijon 10 avril 1867, Dubois, Dev., 1868, II, 11 ; Toullier, t. III, n° 891 ; Malpel, n° 266 ; Grenier, t. IV, n° 691, et Ancelot, *h.*, *l.*, note *a;* Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. III, p. 166 ; Saintespès-Lescot, t. V, n° 2037, Colmet de Santerre, t. IV, n° 279 *bis*, II; Lauth, *De la Quotité disponible entre époux*, n° 293; Bonnet, t. III, n° 203; Vernet, *Revue pratique de droit français*, t. XV, p. 195 et suiv).

615. — De la solution qui précède, il résulte, suivant nous, que la nullité de la donation déguisée ou faite par personnes interposées est proposable par toute personne ayant intérêt :

Non-seulement donc par les héritiers à réserve, qui peuvent, en effet, la proposer, contre toute personne, soit par voie d'action, soit par voie d'exception (comp. Grenoble, 29 nov. 1862, Gaillard, Dev., 1863, II, 51);

Mais encore par le donateur lui-même, ou par ses créanciers, soit antérieurs, soit postérieurs à la donation, en vertu de l'article 1166.

Un parti considérable, dans la doctrine et dans la jurisprudence, soutient, toutefois, que le droit de proposer cette nullité n'appartient qu'aux héritiers réservataires, et qu'il ne peut être exercé ni par le donateur, ni par ses créanciers, à moins qu'ils ne soient antérieurs à la donation, et qu'ils n'agissent, en vertu de l'article 1167 (comp., Grenoble, 2 juillet 1831, Dev., 1832, II, 346; Riom, 9 août 1843, Bonnet, Dev., 1844, II, 15; Cass., 2 mai 1855, Deballut, Dev., 1856, I, 178; Tessier, *Traité de la Dot,* t. II, p. 243; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 542 et 628; Troplong, t. IV, n°s 2745, 2746, qui invoque un arrêt de la Cour de Paris du 28 mars 1851, d'où ne résulte, à notre avis, aucun appui pour sa solution, puisqu'il s'agissait, dans l'espèce, non pas d'une donation déguisée, mais seulement d'une donation indirecte).

Nous comprenons cette solution de la part de ceux qui enseignent que les donations déguisées ou faites par personnes interposées ne sont nulles, d'après l'article 1099, que dans le cas où elles excèdent la quotité disponible; et qu'ils en déduisent cette conséquence que l'action en nullité n'étant alors elle-même qu'une aggravation pénale de l'action en réduction, ne doit appartenir qu'à ceux qui peuvent intenter l'action en réduction; c'est la thèse de M. Troplong, qui a pu dire, à ce point de vue, qui est le sien, que la solution que nous soutenons, est *la plus grande erreur qu'on puisse avancer!*

Mais, à notre point de vue, au contraire, c'est-à-dire d'après la doctrine qui déclare nulles, dans tous les cas, les donations déguisées ou faites par personnes interposées, lors même qu'elles n'excèdent pas la quotité disponible, la solution que nous présentons, en est la conséquence logique et nécessaire.

Il est certain, en effet, que, lorsque la nullité d'une donation a pour cause soit un vice de forme, soit l'ordre public, elle peut être proposée par toute personne ayant intérêt (comp. le tome I de ce *Traité*, nos 681, 683);

Or, telle est précisément la double cause de la nullité qui est prononcée par l'article 1099 : soit pour vice de forme, le législateur ne reconnaissant pas comme valable, entre époux, cette forme de donation; soit par des considérations d'ordre public, afin de prévenir, par une sanction énergique, les dangers considérables, qui pourraient en résulter ;

Donc, la nullité, ainsi expliquée, avec ce caractère qui lui appartient, est proposable par tous les intéressés.

Aussi, l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 mai 1855, n'est-il pas, à notre avis, d'accord avec les autres arrêts, en si grand nombre, par lesquels la Cour suprême a consacré la doctrine de la nullité absolue des donations déguisées entre époux, lors même qu'elles n'excèdent pas la quotité disponible.

Ce désaccord nous paraît surtout ressortir du rapprochement de l'arrêt du 2 mai 1855 avec l'arrêt du 16 avril 1850, par lequel la Cour de cassation a décidé que la nullité d'une donation faite par personne interposée, par l'un des époux à l'autre, pendant le mariage, peut être proposée par le donateur lui-même :

« Attendu que l'article 1096 déclare que les donations entre époux pendant le mariage seront toujours révocables; que, en disposant ainsi, le législateur a voulu maintenir la dignité et la pureté de l'union conjugale, et empêcher que les donations entre époux, loin d'être l'expression de la volonté libre du donateur, pussent être l'effet, soit de la captation de la part de la femme, soit de l'abus d'autorité de la part du mari; — Attendu que la condition de révocabilité attachée à ces sortes de donations, est une disposition d'ordre public; — Attendu

qu'il suit de là que tout acte, qui tend à rendre irrévocable une telle donation, doit être déclaré nul. » (Calvincourt Saint-Martial, Dev., 1850, I, 591.)

Ces motifs sont excellents! et voilà les vrais principes.

Or, cette nullité d'ordre public, qui vicie les donations déguisées ou faites par personnes interposées, pendant le mariage, entre époux, dérive précisément de l'article 1099, dont la disposition, unique et indivisible, régit en même temps, et de la même manière, l'article 1096 et les articles 1094 et 1098;

Donc, si la nullité est d'ordre public, dans son application à l'article 1096, elle est aussi d'ordre public dans son application aux articles 1094 et 1098; car il n'y a pas là deux sortes de nullité; il n'y en a qu'une seule! (Arg. des articles 1595, 1840; comp., Bordeaux, 5 juill. 1824, Sirey, 1824, II, 218; Dijon, 7 mars 1866, Thévenin, Dev. 1866, II, 314; Vernet, *Revue pratique de Droit français*, 1863, t. XV, p. 85 et suiv.; Colmet de Santerre, t. IV, n° 279 *bis*, III; Bonnet, t. III, n°s 1103, 1106.)

616. — L'article 1100 est encore une preuve du caractère spécial de la prohibition de l'article 1099, qu'il a pour but de sanctionner de plus en plus; car la présomption légale d'interposition de personnes, qu'il décrète, est plus étendue que celle qui a été décrétée par l'article 911, où il s'agit pourtant de sanctionner des incapacités de disposer et de recevoir! (comp. le tome I de ce *Traité*, n° 662).

De l'article 1100, il résulte, en effet, que deux classes de personnes sont légalement présumées interposées, à savoir:

1° Les enfants ou l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage;

2° Les parents dont l'autre époux était héritier présomptif, au jour de la donation.

617. — 1° Et d'abord, la présomption légale s'appli-

que aux enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage.

Privigno ut donet noverca, maritalis affectio facit, non certe novercalis, disait Cujas (sur la loi *hac edictali*, De secundis nuptiis).

Mais ces termes de l'article 1100 témoignent que les enfants communs des deux époux ne sont pas présumés personnes interposées.

Telle était déjà la doctrine de l'ancien droit (comp. Lebrun, *des Successions*, liv. II, chap. VI, sect. I, n°s 2 et suiv.; Pothier, *des Donations entre mari et femme*, n° 112; Lalande, sur l'article 203 de la cout. d'Orléans).

Et le droit nouveau devait d'autant plus la maintenir qu'elle est fondée sur la raison ou plutôt sur la nécessité même!

Les qualités respectives du donateur et du donataire justifient, en effet, alors la donation, et sont une garantie très-suffisante de sa sincérité; aussi Cujas ajoutait-il, avec non moins de raison : *ut det mater filio affectio materna facit.*

Et puis, il faut bien, en vérité, que le père et la mère puissent faire des donations à leurs enfants, pour les doter, pour les établir!

La présomption légale d'interposition de personnes ne pouvait donc les atteindre.

Et elle ne les atteint, en effet, dans aucun cas, lors même que la donation ayant été faite à un enfant par l'un de ses auteurs, par son père ou par sa mère, l'autre en aurait profité, en devenant héritier de l'enfant donataire prédécédé (comp. notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 186; Lacombe, v° *Noces*, part. 1, sect. II, n° 8; Toullier, t. III, n° 903; Duranton, t. IX, n° 833; Coin-Delisle, art. 1100, n° 8; Troplong, t. IV, n° 2752; Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 165; Bonnet, t. III, n° 1114).

618. — C'est même seulement afin d'exclure de la présomption légale d'interposition les enfants du commun

mariage des époux, que le législateur a mentionné, dans l'article 1100, les enfants de l'autre époux, issus *d'un autre mariage.*

Aussi, n'en faut-il pas induire que les enfants naturels ou même adoptifs de l'autre époux ne sont pas, d'après cet article, présumés personnes interposées; nous avons pensé, au contraire, qu'ils sont compris dans la présomption d'interposition de l'article 911; et les motifs sont les mêmes pour décider qu'ils sont également compris dans la présomption de l'article 1100 (comp. le tome I de ce *Traité*, nos 653-655; Duranton, t. IX, n° 834; Coin-Delisle, art. 1100, n° 8; Troplong, t. IV, n° 2754; Bonnet, t. III, n° 1115).

619. — Il n'est pas douteux non plus qu'il faut, dans l'article 1100, comprendre sous le nom d'enfants, tous les descendants, à quelque degré que ce soit, de l'autre époux, issus d'un autre mariage (arg. des articles 911, 914; comp. Caen, 6 janvier 1845, l'Administr. des domaines, Dev., 1845, II, 393; Agen, 5 déc. 1849, D., 1850, II, 7; Duranton, t. IX, n 834).

620. — 2° La seconde classe de personnes, auxquelles la présomption légale d'interposition s'applique, comprend *les parents dont l'autre époux sera héritier présomptif, au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire.*

C'est, comme on voit, l'état des choses *au jour de la donation*, que le législateur considère; ce n'est pas l'état des choses au jour de l'ouverture de la succession de l'époux donateur; cela est très-rationnel; car il s'agit de décider si la donation est sincère ou déguisée, si elle est légale ou frauduleuse; or, c'est là une question d'intention, *consilium*, qui ne saurait dépendre des événements ultérieurs, *ex eventu.*

Et de là deux conséquences :

D'une part, la présomption légale d'interposition existe, si, au jour de la donation faite par l'un des époux, l'autre

époux était héritier présomptif du donataire, lors même qu'il ne lui aurait pas survécu;

Et d'autre part, la présomption n'existe pas, si, au jour de la donation, l'autre époux n'était pas héritier présomptif du donataire, lors même qu'il le serait devenu depuis, et qu'il lui aurait survécu (comp. Coin-Delisle, art. 1100, n° 9; Mourlon, t. II, p. 449; Marcadé, art. 1100).

621. — Ces mots de notre texte : *encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire*, sont évidemment employés dans un sens explicatif, et non pas restrictif.

Ce qu'ils signifient, dans la pensée du législateur, c'est qu'il n'y a pas à considérer si l'autre époux vient à la succession de son parent donataire, dès lors qu'il était, au jour de la donation, son héritier présomptif.

Peu importe donc la cause, par suite de laquelle l'autre époux ne vient pas, en effet, à la succession de son parent donataire; soit qu'il prédécède, soit, qu'ayant survécu, il renonce ou soit exclu comme indigne.

Était-il, au jour de la donation, son héritier présomptif?

Voilà toujours la seule question!

622. — *Au jour de la donation*, disons-nous, avec le texte de l'article 1100.

Ce mot : DONATION, ne doit-il s'entendre que de la donation entre-vifs?

Ou s'applique-t-il aussi aux legs, aux libéralités testamentaires?

Coin-Delisle a entrepris d'établir, sur ce point, une différence entre la donation entre-vifs et le testament :

« Il faut remarquer, dit-il (sur l'article 1100, n° 9), qu'il n'en serait pas d'un testament comme d'une donation...; ainsi le legs fait à un parent, dont l'époux du disposant serait héritier présomptif, aurait effet, si cet époux et le disposant mouraient avant le légataire; au contraire, si

l'époux du disposant se trouvait héritier présomptif de celui-ci au jour de l'ouverture du testament, quoiqu'il ne l'eût pas été à sa date, il faudrait rentrer dans la règle de l'article 1100, parce que les testaments n'ont d'effet qu'à la mort. » (Comp. Ancelot, sur Grenier, t. IV, n° 687, note *a*.)

Cette distinction ne manque pas d'une certaine vérité; et le législateur sans doute aurait pu la faire.

Mais est-il vrai qu'il l'ait faite?

Nous ne le pensons pas.

Le mot : *donation*, est, en effet, employé, par l'article 1100, dans son acception large, pour désigner toute *donation entre-vifs ou testamentaire* (art. 711); sans quoi, la présomption légale, qu'il décrète, deviendrait illusoire!

Or, si le même mot comprend la donation entre-vifs et le testament, il doit avoir, pour l'un comme pour l'autre, la même signification, et c'est dès lors aussi, *au jour du testament*, c'est-à-dire au jour de la date de la donation, qu'il faut s'attacher; puisque, en effet, dans tous les cas, ce que l'on considère, c'est l'intention du disposant au moment où il a fait sa disposition (comp. Caen, 6 janv. 1845, l'Administr. des domaines, Dev., 1845, II, 393; Marcadé, art. 1100; Bonnet, t. III, n° 1117).

623. — Paul a fait une donation au grand-père de Sophie, sa femme, qui a encore son père.

Le grand-père, l'aïeul, est-il présumé personne interposée, le père existant?

Nos anciens auteurs répondaient affirmativement (comp. Ricard, part. III, n° 1242; Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 540).

Et il semblerait, en effet, rationnel de comprendre dans la présomption légale d'interposition, tous les ascendants de l'autre époux, comme on y comprend tous ses descendants (comp. *supra*, n° 616; L. 201, ff. *de verbor. signif*; Merlin, *Répert.*, v° *Secondes noces*, § 7, art. 1er, n° 7;

Vazeille, art. 1100, n° 4; Grenier, t. IV, n° 687; Toullier, t. III, n° 903).

Mais, pourtant, il n'est pas possible d'étendre une présomption légale à d'autres faits que ceux auxquels la loi elle-même l'applique, surtout lorsqu'il s'agit de frapper un acte de nullité (art. 1350); or, l'article 1100 ne présume personnes interposées *que les parents dont l'autre époux sera héritier présomptif, au jour de la donation*, et la petite-fille n'est pas héritière présomptive de son aïeul, quand son père existe; donc, la présomption légale d'interposition n'atteint pas, en effet, l'aïeul.

Ce qui est vrai seulement, c'est que la preuve de l'interposition pourra être, dans ces circonstances, plus facile à établir, en fait; mais encore faudra-t-il que cette preuve soit établie (comp. Delvincourt, t. II, p. 446; Duranton, t. IX, n° 832; Dalloz, *Rec. alph., h. v.*, n° 961; Ancelot sur Grenier, t. IV, n° 687, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 165; Bonnet, t. III, n° 1118).

624. — Il est quelques règles encore qui gouvernent cette présomption légale d'interposition de personnes, mais pour lesquelles il suffit de nous référer aux développements, que nous avons fournis sur l'article 911, parce qu'elles s'appliquent, de la même manière, à l'article 1100 (comp. le tome I de ce *Traité*, n°s 663 et suiv.).

FIN DU VINGT-TROISIÈME VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

DU VINGT-TROISIÈME VOLUME.

LIVRE TROISIÈME.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

CHAPITRE VII (*suite*).

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE, OU AUTRES ASCENDANTS, ENTRE LEURS DESCENDANTS.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE, OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

(Tome XXIII, art. 1076-1100.)

LIVRE TROISIÈME.

TITRE DEUXIÈME.

Des Donations entre-vifs et des Testaments.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
1076.	64-66, 69-94, 97-151.	1-65, 66-67, 73-91, 93-155
1077.	67-69.	69-71.
1078.	155-163, 224-270.	159-171, 214-244.
1079.	166-215, 224-270.	172-206, 214-244.
1080.	219-222.	207-213.
1081.	290-295.	265-270.
1082.	296-363.	271-340.
1083.	*Id.*	*Id.*
1084.	367-396.	341-345.
1085.	*Id.*	*Id.*
1086.	398-422, 423.	366-391, 392-406.
1087.	273-274, 283-286.	249-250, 258 *bis*-263.
1088.	275-279, 283-286.	251-256, 258 *bis*-263.
1089.	299, 367, 415-422.	271, 341, 385-391.
1090.	281-284.	257-258.
1091.	444-447.	408-410.
1092.	447-451.	411-415.
1093.	453-458.	416-426.
1094.	521-642.	488-547.
1095.	458-464.	427-433.
1096.	465-517.	434-486.
1097.	*Id.*	*Id.*
1098.	645-688.	548-605.
1099.	696-711.	606-624.
1100.	*Id.*	*Id.*

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

TABLE

ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS LES TOMES XVIII A XXIII.

(LIVRE TROISIÈME DU CODE NAPOLÉON.)

OBSERVATION. — Les chiffres romains indiquent le volume et les chiffres arabes la page.

A

E

F

I

M

N

P

Q

R

S

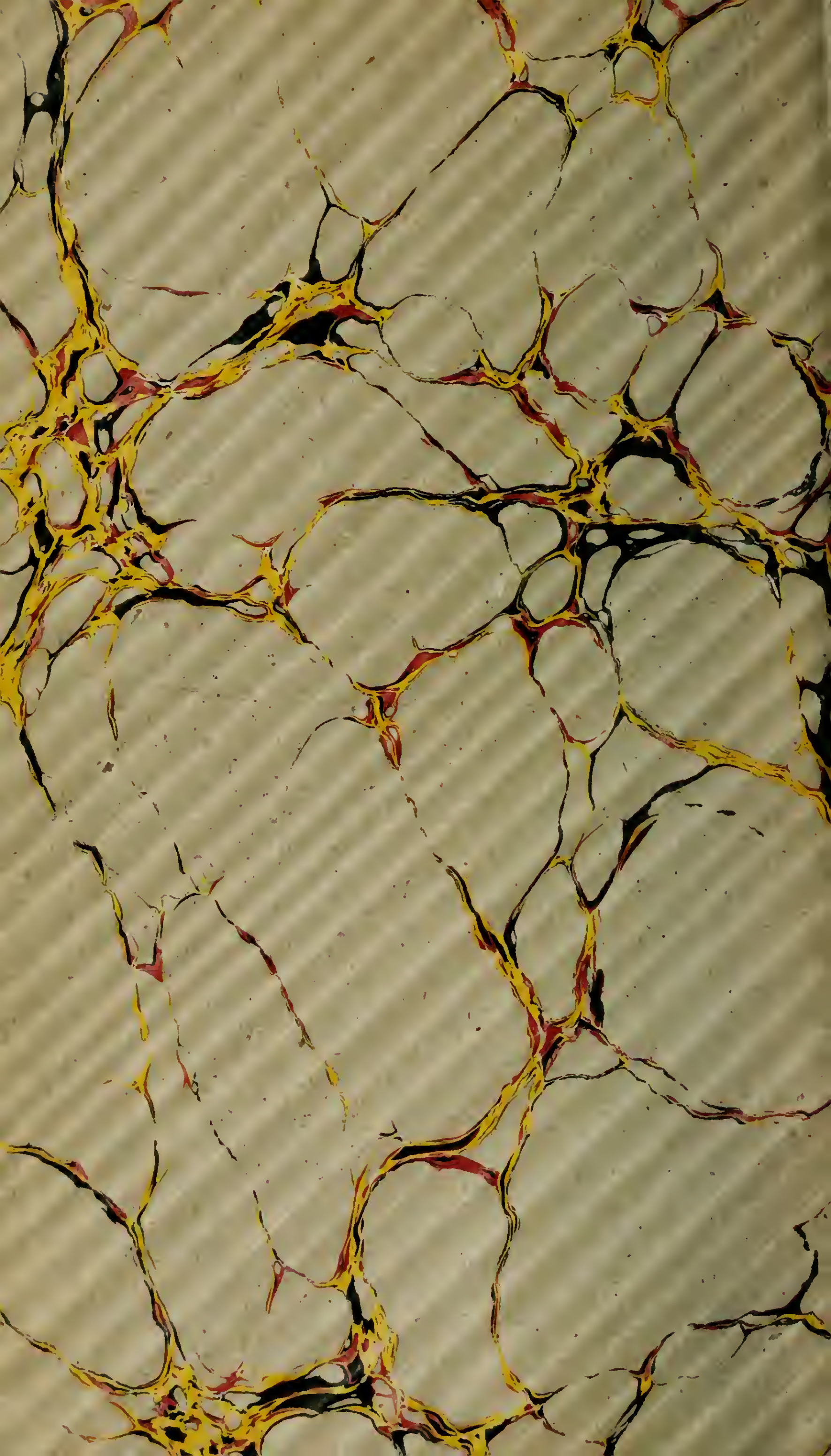
T

U

V

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE.

10025 — IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CH. LAHURE
Rue de Fleurus, 9, à Paris




a39003 008353871b
DATE DUE
CAT. NO. 1137

